

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO

O CRIME DE ABORTO NO BRASIL

RODRIGO BARROS DE MOURA

NDR: 101154748

RIO DE JANEIRO

2008

**RODRIGO BARROS DE MOURA**

**O CRIME DE ABORTO NO BRASIL**

**Trabalho de conclusão de curso apresentado à  
Faculdade de Direito da Universidade Federal  
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.**

**Orientadora: Profa. Fernanda Lara Tortima**

**RIO DE JANEIRO**

**2008**

Moura , Rodrigo Barros de  
O Crime de Aborto no Brasil - 2008.  
70 f.

Orientadora: Fernanda Lara Tortima

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 69-70.

1. Aborto - Monografias. 2. Direito Penal. I. Tortima, Fernanda Lara II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. O Crime de Aborto no Brasil.

CDD 341.415

RODRIGO BARROS DE MOURA

**O CRIME DE ABORTO NO BRASIL**

**Trabalho de conclusão de curso apresentado à  
Faculdade de Direito da Universidade Federal  
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.**

**Data de aprovação:** \_\_\_\_/ \_\_\_\_/ \_\_\_\_

Banca Examinadora:

\_\_\_\_\_  
Prof. \_\_\_\_\_ – Orientador

\_\_\_\_\_  
Prof. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
Prof. \_\_\_\_\_

À minha namorada Catarina, a meus pais e irmão, por todo o apoio, amor e paciência para com minha pessoa durante a elaboração do presente trabalho, e à minha orientadora, Prof<sup>a</sup> Fernanda Lara Tortima, pelos conselhos sempre úteis e precisos com que, sabiamente, orientou este trabalho.

## RESUMO

Moura , Rodrigo Barros de. O Crime de Aborto no Brasil. 2008. 70 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

A presente monografia visa analisar as questões concernentes ao aborto, previsto no Código Penal Brasileiro, para assegurar o direito a vida do ser humano no momento inicial de seu processo de formação e desenvolvimento intra-uterino. Para melhor compreensão do tema, a primeira parte volta-se à exposição e análise de preceitos necessários a compreensão do tema, como o conceito de aborto, o direito a vida, o bem jurídico-penal e o momento de início da tutela penal no crime de aborto. Passado este momento inicial passamos a analisar, brevemente, a evolução histórica deste tipo penal observando a forma como direito penal tratou a matéria em todas as suas codificações. Na segunda parte, é estudada a previsão legal da matéria, analisando as suas principais espécies buscando suas definições na doutrina a fim de entender a *ratio* do legislador penal atinente a este instituto. Por fim, nos dedicamos à análise crítica da hipótese de descriminalização do aborto no Brasil e, neste ensejo, analisamos os principais posicionamentos e fundamentos dos defensores desta idéia onde verificamos que estes argumentos não são suficientemente fortes para que se proceda uma descriminalização total, em face a relevância social do bem jurídico vida que é objeto de proteção na tutela penal ao aborto, sendo também garantida constitucionalmente. Portanto, entendemos que não poderemos falar em uma descriminalização total deste tipo penal embora ante a evolução médica e tecnológica entendamos ser razoável uma atualização parcial dos dispositivos que tratam do aborto no Brasil.

Palavras-Chave: Aborto; Vida; Bem Jurídico

## **ABSTRACT**

Moura , Rodrigo Barros de. O Crime de Aborto no Brasil. 2008. 70 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

The present monograph aims to analyse issues regarding abortion, foreseen by the Brazilian Penal Code, in order to ensure the human being's right to life from the beginning of the process of intra-uterine formation and development. For a better understanding of the theme, the first part exposes and analyses necessary preliminary principles, like the concept of abortion, the right to life, the legal asset and the starting moment of penal tutelage on the crime of abortion. Past this initial moment we proceed to analyse, briefly, the historical evolution of abortion penal law, keeping in sight the way how criminal law treated the issue in all its codifyings. In the second part, the legal provision of the matter is studied, an analysis of its main kinds, searching for its definitions in doctrine in order to understand the ratio of the penal lawmaker relative to this institute. In the end, we focus the critical analysis of the hypothesis of decriminalization of abortion in Brazil and, in this context, we analyse the main arguments and fundaments of those who defend this idea, where we see that these arguments are not strong enough for a complete decriminalization procedure, given the social relevancy of the legal asset life, which is subject to protection in penal tutelage to abortion, being also constitutionally guaranteed. Therefore, we understand that we cannot totally decriminalize this penal type, although given medical and technological advances, it is reasonable to partially update the legal apparatus that deal with abortion in Brazil.

Keywords: Abortion; Life; Legal Assets.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
1. NOÇÕES PRELIMINARES	10
1.1. Conceituação Geral de Aborto:	10
1.1.1. Conceito Jurídico de Aborto.....	11
1.1.2. Espécies de Aborto:.....	13
1.1.3. Conceito de Aborto na Medicina.....	14
1.2. O Direito à Vida.	16
1.3. Bem Jurídico e o Início da Tutela Penal.	20
1.3.2. O Bem Jurídico no Crime de Aborto e o Início da Tutela Penal.....	24
2. BREVE HISTÓRICO DO ABORTO	27
2.1. Aspectos Gerais	27
2.2. Aborto no Brasil.	30
3. CONSIDERAÇÕES LEGAIS	34
3.1 Hipóteses de Ocorrência.	34
3.1.1. O Auto-Aborto.....	35
3.1.2. O Aborto Provocado por Terceiro.....	37
3.2. Das Excludentes de Antijuridicidade.	42
3.2.1. O Aborto Necessário ou Terapêutico.....	45
3.2.2. Aborto Humanitário ou Sentimental.....	50
3.3. O Direito a Vida e o Crime de Aborto.	55
3.3.1. O Início da Vida Face o Ordenamento Vigente.....	56
3.3.2. Crítica a Descriminalização.....	57
4. CONCLUSÃO	64
5. BIBLIOGRAFIA.....	69



## **1. INTRODUÇÃO**

O presente trabalho pretende abordar a temática do Aborto no Brasil buscando entender seu surgimento histórico no ordenamento nacional fazendo uma análise legal e conceitual de seu objeto e problemática atual frente a eminente reforma deste tão controverso tema da ciência do direito.

Objetivando alcançar esta finalidade, nos dispomos, inicialmente, a delimitar conceitos fundamentais à análise do tema como, por exemplo, o conceito de aborto, o que devemos entender por direito à vida e por que este tema merece ser tutelado pelo Direito Penal.

Passada a arguição inicial, passaremos a analisar a evolução histórica do aborto na história da humanidade acompanhando sua evolução ao longo dos séculos até os tempos atuais, traçando um paralelo com a evolução do aborto no Brasil desde o Código Criminal do Império até o Código Penal vigente no ordenamento pátrio.

Em um terceiro momento, faremos uma análise geral do crime de aborto, apontando todas as suas espécies, definindo-as e analisando-as frente à mais tradicional doutrina do Direito Penal acerca de cada um desses assuntos.

Ao final dessa análise legal, atentaremos para algumas questões atualmente relevantes como o direito à vida e o aborto, para posteriormente analisar a possibilidade de uma eventual descriminalização, total ou parcial, deste crime sob o prisma de uma ótica legalista, levando em consideração a evolução histórico-legal do aborto e tratando das particularidades de cada espécie legal atentando ainda para os principais argumentos a favor da descriminalização.

## 1. NOÇÕES PRELIMINARES

### 1.1. Conceituação Geral de Aborto:

O aborto é disciplinado pela ciência jurídica através do código penal brasileiro que o classifica no início de sua parte especial em seu título primeiro que versa sobre os crimes contra a pessoa e mais especificamente na forma dos artigos 124 a 128 de seu primeiro capítulo que trata dos crimes contra a vida.

A priori, para definirmos o que é aborto, devemos ter em mente que apesar de ter disciplinado a matéria o legislador do código penal não procurou definir em que consiste o aborto, tendo relegado esta tarefa aos intérpretes da lei ao adotar uma fórmula neutra e indeterminada (“provocar aborto”) que dá margem a dúvida e faz necessário que os operadores do direito se apropriem de definições dada pelos profissionais da área de saúde e assumam a tarefa de delimitar sua natureza jurídica.

Partindo desse marco inicial passamos a análise etimológica do vocábulo aborto que é de origem latina e deriva do termo *abortum* que pode ser decomposto em *ab*, que significa privação, e *ortus* que significa nascimento. A análise dos radicais formadores da palavra nos leva a um entendimento de que devemos entender como aborto a privação do nascimento.

Ainda que diante da análise etimológica da palavra aborto seja possível exprimir uma idéia base para sua conceituação, teremos diversos entendimentos diferentes acerca de seu significado, sendo certo que neste trabalho trataremos apenas das definições apresentadas por juristas e profissionais da área de saúde fazendo uma ressalva que mesmo restringindo a área do estudo perceberemos haver uma pluralidade de entendimentos acerca do assunto.

### 1.1.1. Conceito Jurídico de Aborto.

Na seara jurídica, o Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas define o aborto como a interrupção dolosa da gravidez, com expulsão do feto, provocada pela gestante ou por terceiro com ou sem o consentimento dela, apresentando, ainda, como cognatos: abortar; abortamento; aborteiro, referindo-se ao médico ou curandeiro que pratica o aborto; abortício e abortivo como definição para substância que provoca o aborto<sup>1</sup>.

A lei e a doutrina empregam o termo aborto na definição do tipo penal. Contudo parte da doutrina entende que o aborto seria o produto do abortamento sendo este termo mais adequado, tecnicamente, para a análise dessa conduta, como leciona o professor Julio Fabbrini Mirabete:

*"Preferem alguns o termo abortamento para a designação do ato de abortar, uma vez que a palavra aborto se referia apenas ao produto da interrupção da gravidez. Outros entendem que o termo legal — aborto — é melhor, quer porque está no gênio da língua dar preferências às formas contraídas, quer porque é o termo de uso corrente, tanto na linguagem popular como na erudita, quer, por fim, porque nas demais línguas neolatinas, com exceção do francês, diz-se aborto".<sup>2</sup>*

Diversas são as definições da palavra aborto, para a prática da obstetrícia, por exemplo, se denomina como aborto a expulsão do feto nos seis primeiros meses da gestação, passando a nomear como parto prematuro à expulsão que ocorre nos três meses seguintes.<sup>3</sup> Insta observarmos que a discussão acerca do signo linguístico adotado, no que concerne ao seu tecnicismo, é de menor importância para nós, frente à necessidade de conceituar o tipo objetivo da conduta delituosa praticada no aborto.

De Plácido e Silva, em seu Vocabulário Jurídico, também fala no aborto como expulsão prematura do feto ou embrião, antes do tempo do parto.<sup>4</sup> As definições até então citadas apresentam-se eivadas de uma imprecisão técnica ao somente relacionar o aborto à interrupção da gravidez com expulsão do feto, uma vez que, embora esta seja sua consequência mais comum e ordinária, a expulsão do produto da concepção, não é

<sup>1</sup> [Dicionário Jurídico da ABLJ, 2001, p. 4]

<sup>2</sup> (Mirabete, Julio F., 1991, São Paulo, Atlas.).

<sup>3</sup> (Siqueira, Galdino – Tratado de Direito Penal, Parte especial, Tomo III, Ed. José Konfino, 1947).

<sup>4</sup> [De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, 1987, p. 11]

necessariamente a única forma pela qual este fenômeno se dará, podendo se consumir o aborto pela morte do produto da concepção sem que ocorra sua expulsão. Nos primeiros meses de gravidez é possível que o embrião seja objeto de *autólise*, hipótese que termina com a sua *reabsorção* pelo organismo materno, podendo, também, ocorrer em outras situações mais raras como a “*mumificação*”, ou maceração fetal, na qual o feto permanece no interior do útero após seu desfalescimento, e, ainda, o raro caso de *litopédio* que consiste no feto calcificado retido na cavidade abdominal como um corpo anexo. Em todas essas hipóteses haverá interrupção da gravidez e morte do produto da concepção sem que ocorra a expulsão.<sup>5</sup>

Neste sentido salientamos que para melhor conceituação do aborto devemos considerar em sua definição que este se consuma com a interrupção da gravidez conforme leciona o emérito doutrinador Cláudio Heleno Fragoso: “*o aborto consiste na interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto*”.<sup>6</sup>

No mesmo sentido teremos a definição dada por E. Magalhães Noronha, observando que ela é um pouco mais ampla no que concerne ao produto da concepção ao asseverar que “*aborto é a interrupção da gravidez, com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo, embrião ou feto*”.<sup>7</sup> A mesma linha de raciocínio pode ser percebida ao analisarmos a definição dada por Ronald Dworkin em sua celebrada obra, *Domínio da Vida, Aborto, Eutanásia e liberdades individuais*, na qual define “*aborto significa matar deliberadamente um embrião humano em formação*”.<sup>8</sup>

O estágio da evolução do ser humano em formação não importa para a caracterização do delito de aborto. Dessa forma podemos afirmar que o produto vivo da concepção é o objeto material do crime em qualquer uma de suas fases de desenvolvimento, que podem ser classificadas distinguindo o aborto em: ovular, se praticado nos dois primeiros meses da gestação; embrionário, se for praticado no terceiro ou no quarto mês da gestação; e fetal, quando praticado a partir do quinto mês de gravidez em diante.<sup>9</sup> Razão pela qual podemos conceituar o aborto como a interrupção da gravidez antes de se atingir o limite fisiológico,

---

<sup>5</sup> (Noronha, E. Magalhães – Direito Penal, Vol. 2, 1986, ed. Saraiva, 21ª edição, p.49).

<sup>6</sup> (Fragoso, Heleno Cláudio – Lições de Direito Penal (Parte Especial – Arts. 121 à 212 do CP), Ed. Forense, 1983, 7ª Edição, p. 112).

<sup>7</sup> (Noronha, E. Magalhães – Direito Penal, Vol. 2, 1986, ed. Saraiva, 21ª edição, p.49).

<sup>8</sup> [Dworkin, R., Domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais, 2003, p. 1.]

<sup>9</sup> (Referente a Prado, Luiz Regis, Curso de Direito Penal Brasileiro, Vol.2, 2008, Ed. Revista dos Tribunais, 7ª Edição, p.107).

isto é, durante o período compreendido entre a concepção e o início do parto, que é o marco final da vida intra-uterina.<sup>10</sup>

No que concerne ao conceito de aborto podemos concluir que é cediço o entendimento de que se trata de interrupção da gravidez que resulte na morte do produto da concepção, sendo importante identificarmos as suas espécies para melhor delimitar o campo de atuação da ciência jurídica.

### **1.1.2. Espécies de Aborto:**

Quanto a suas espécies o aborto pode ser tido como natural, accidental, permitido (chamado por alguns autores de legal) e criminoso.

O aborto natural ocorre com a interrupção espontânea da gravidez em razão de causas naturais que independem da vontade da gestante ou de terceiros; o aborto accidental diz razão às hipóteses em que ocorre a interrupção da gravidez decorrente de quedas ou pancadas involuntárias que a gestante possa sofrer. Ambos os casos não constituem crime sendo, portanto, de menor relevância para o direito penal brasileiro.

O direito reconhece a existência de algumas espécies de aborto legal, ou permitido, que se traduzem nas seguintes formas: no aborto terapêutico (ou necessário), sendo aquele empregado para salvar a vida da gestante ou para afastar qualquer mal sério e iminente, em decorrência de gravidez anormal; eugenésico (ou eugênico), como aquele permitido para impedir a continuação da gravidez quando há a possibilidade de que a criança nasça com problemas congênitos hereditários; sentimental ou humanitário, quando se tratar de gravidez resultante de estupro; e no social ou econômico, quando é permitido em caso de famílias numerosas, para não agravar a sua situação social. É necessário salientarmos que o ordenamento penal brasileiro somente recepcionou as hipóteses do aborto terapêutico (na forma do artigo 128, I do código penal) e do aborto sentimental (artigo 128, II do código

---

<sup>10</sup> (Bitencourt, César Roberto – Tratado de Direito Penal, Vol. 2, Ed. Saraiva, 2006, 5ª ed., p. 159).

penal) que trataremos mais adiante quando passaremos a analisar os dispositivos do código penal que tratam do aborto.<sup>11</sup>

O direito penal vai se preocupar apenas com os efeitos criminais e das causas de exclusão da antijuridicidade do aborto, exercendo uma tutela específica sobre os casos em que a interrupção da gravidez será motivada e importará diretamente no efeito morte do produto da concepção.

### 1.1.3. Conceito de Aborto na Medicina

No tocante à definição médica de aborto serão utilizadas três nuances: a idade gestacional, a capacidade sensitiva e a intenção da gestante. A primeira classificação utiliza como parâmetro conhecimentos obstétricos em razão da formação do embrião. Segundo Antonio Jorge Salomão:

“Considera-se aborto a expulsão ou a extração de feto ou embrião que pese menos de 500 gramas (idade gestacional de aproximadamente 20-22 semanas completas ou de 140-154 dias completos) ou de qualquer outro produto da gestação de qualquer peso e especificamente designado, independentemente da idade gestacional, tenha ou não sinal de vida e seja ou não espontâneo ou induzido. Na concepção médica o abortamento espontâneo é a interrupção natural da gravidez antes da 20ª semana de gestação (Grifo nosso)”<sup>12</sup>, observando-se que após a vigésima semana, em caso de complicação da gestação será possível a realização do parto prematuro.

O autor supra citado fornece ainda alguns critérios de classificação para o abortamento, são eles: a idade gestacional (a OMS divide os abortos em precoce – antes da 12ª semana - e tardio – entre a 12ª e a 20ª semana); o peso fetal (aborto - menor que 500g, imaturo – entre 500g e 999g e prematuro – entre 1000g e 2500g); forma (espontâneo – quando não há nenhum fator precipitante do quadro) e induzido (quando ocorreu ação

<sup>11</sup> (Nesse sentido Jesus, Damásio E. – Direito Penal (Parte Especial do Código Penal), 2001, p. 119).

<sup>12</sup> (SALOMÃO, A. Abortamento espontâneo. In Obstetrícia Básica. Bussâmara Neme, 1994. p. 363).

deliberada para interromper a gestação) e quadro clínico (ameaça, inevitável, incompleto, completo e retido ou frustrado).<sup>13</sup>

A segunda classificação considera como fator importante o momento que o feto passa a sentir dor. Segundo Ronald Dworkin isto passa a ocorrer a partir do sétimo mês de concepção período no qual o feto desenvolve a capacidade reflexiva e quando inicia a atividade elétrica do cérebro no tronco cerebral. A sensação de dor somente seria possivelmente sentida após a conexão entre o tálamo e o neocórtex fetal, o que embora ainda não esteja determinada com precisão, acredita-se não ocorrer antes da metade do período gestacional.<sup>14</sup>

A terceira classificação dos diversos tipos de abortos é elaborada segundo o entendimento bioético e pode ser depreendida da seguinte forma:

“1) Interrupção eugênica da gestação (IEG): são os casos de aborto ocorridos em nome de práticas eugênicas, isto é, situações em que se interrompe a gestação por valores racistas, sexistas, étnicos, etc. Comumente, sugere-se o praticado pela medicina nazista como exemplo de interrupção eugênica da gestação quando mulheres foram obrigadas a abortar por serem judias, ciganas ou negras.

Regra geral, a interrupção eugênica da gravidez processa-se contra a vontade da gestante, sendo esta obrigada a abortar;

2) Interrupção terapêutica da gestação (ITG): são os casos ocorridos em nome da saúde materna, isto é, situações em que se interrompe a gestação para salvar a vida da gestante. Hoje em dia, em face do avanço científico e tecnológico ocorrido na medicina, os casos de interrupção terapêutica da gestação são cada vez em menor número, sendo raras as situações terapêuticas que exigem tal procedimento;

3) Interrupção seletiva da gestação (ISG): são os casos de aborto ocorridos em nome de anomalias fetais, isto é, situações em que se interrompe a gestação pela constatação de lesões fetais. Em geral, os casos que justificam a solicitação da interrupção seletiva da gravidez são relacionados a patologias que são incompatíveis com a vida extra-uterina.

4) Interrupção voluntária da gestação (IVG): referem-se à autonomia reprodutiva da gestante ou do casal, isto é, situações em que se interrompe a gestação porque a mulher ou o casal não mais deseja a gravidez, seja ela fruto de um estupro ou de uma relação consensual. Muitas vezes, as

---

<sup>13</sup> (SALOMÃO, A. Abortamento espontâneo. In Obstetrícia Básica. Bussâmara Neme, 1994. p. 363).

<sup>14</sup> (Dworkin, R., Domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais, 2003, p. 21-22).

legislações que permitem a interrupção voluntária da gestação impõem limites gestacionais à prática”.<sup>15</sup>

Da breve análise das definições apresentadas até o presente momento podemos concluir que tanto a medicina quanto a ciência jurídica tratam o aborto como uma interrupção da gestação que ensejara a morte do produto da concepção, ambas as definições versam sobre o mesmo objeto apesar de usarem nomenclaturas distintas.

O direito nomeia a interrupção da gravidez com a resultante morte do produto da concepção como aborto enquanto a ciência médica se utiliza sempre da nomenclatura Interrupção da gravidez quando vai enumerar suas formas de ocorrência.

Podemos observar que as definições médica e jurídica apresentam uma similitude conceitual, porém, no campo da medicina a nomenclatura a ser utilizada é a interrupção da gravidez e não aborto. Tal fato tem como explicação a forte resistência e a preconceituação arraigada no termo aborto diante da sociedade.

Entretanto, da análise compulsada desses conceitos não há como deixarmos de atentar que o aborto versa eminentemente sobre o direito a vida em seu aspecto mais primordial, razão pela qual passaremos a falar, à diante, sobre este direito fundamental.

## **1.2. O Direito à Vida.**

O direito a vida é o primeiro dos direitos naturais e, como leciona André Ramos Tavares, “*é o mais básico de todos os direitos humanos, no sentido de que surge como um verdadeiro pré-requisito dos demais direitos consagrados constitucionalmente*”.<sup>16</sup>

Trata-se de um direito inerente à própria natureza humana se conjugando como um direito verdadeiramente supra-estatal, conforme se depreende da lição dada por Pontes de Miranda ao conceituar tal modalidade de direitos que: “*não existem conforme os cria ou regula a lei; existem a despeito das leis que os pretendem modificar ou conceituar. Não resultam das leis, precedem-nas; não têm o conteúdo que elas lhes dão, recebem-no do*

---

<sup>15</sup> (A classificação proposta é apresentada no livro *Iniciação a Bioética*, editado pelo próprio Conselho Federal de Medicina em capítulo de autoria de Débora Diniz e Marcos de Almeida. COSTA, S, OSELKA, G, GARRAFA, V. *Iniciação à bioética*, 1998, p.126).

<sup>16</sup> (Tavares, André Ramos – *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, 2007, 5ª ed., p. 499).



*direito das gentes*”,<sup>17</sup> e neste sentido, por ser anterior à sociedade, participa ativamente e faz parte dos fundamentos básicos de qualquer sociedade.

A nossa Constituição Federal assim entendeu, ao inserir sua previsão em seu Título II – Dos direitos e garantias fundamentais -, no Capítulo I – Dos direitos e deveres individuais e coletivos -, que em seu no artigo 5º, *caput*, que prevê expressamente “a inviolabilidade do direito à vida”.

A vida, conforme percebemos, é objeto de direito fundamental e, segundo José Afonso da Silva, “*Vida, no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva (...). É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida*”<sup>18</sup>.

Segundo leciona André Ramos Tavares, “*o conteúdo do direito à vida assume duas vertentes. Traduz-se, em primeiro lugar, no direito de permanecer existente, e, em segundo lugar, no direito a um adequado nível de vida*”<sup>19</sup>.

Neste diapasão, podemos entender o binômio *direito de permanecer ou existir* e o *direito a um adequado nível de vida*, se traduzindo em uma garantia constitucional que assegura a todos o direito de continuar vivo, de permanecer existindo, segundo José Afonso da Silva: “*é o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável*”<sup>20</sup>; e que esse existir, esse viver, deverá ser compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana que é fundamento constitucional do Estado Democrático de Direito. Podemos apontar, ainda, que a primeira circunstância prepondera sobre a segunda, pois a idéia de viver de forma digna esta indiscutivelmente ligada à idéia de permanecer vivo, ou, simplesmente, de estar vivo que por conseguinte se materializa como verdadeira condição *sine qua non* para o exercício dos demais direitos existentes.

<sup>17</sup> (Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti - *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed., Rio de Janeiro: BORSOI, 1960, Tomo IV, pp. 242 e 243).

<sup>18</sup> (Da Silva, José Afonso – *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros Editores Ltda, 2008, 31ª edição, p. 197).

<sup>19</sup> (Tavares, André Ramos – *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, 2007, 5ª ed., p. 499).

<sup>20</sup> (Da Silva, José Afonso – *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros Editores Ltda, 2008, 31ª edição, p. 197).

É em razão de se assegurar constitucionalmente o direito a vida que a legislação penal pune todas as formas de interrupção do processo vital que não sejam naturais.

Para que possamos falar em garantia de continuar vivo torna-se fundamental assinalarmos o momento a partir do qual se considera haver surgido à vida humana, a fim de delimitar o termo inicial da proteção de que trata o artigo 5º, *caput* da Constituição. Segundo leciona André Ramos Tavares: “o início desse direito é uma questão biológica. Nesse cenário, contudo, há várias teorias: teoria da concepção; teoria da nidação; teoria da implementação do sistema nervoso; teoria dos sinais eletroencefálicos”<sup>21</sup>. A fim de melhor tratar a questão trataremos, brevemente, das teorias em comento.

A teoria da concepção é aquela que defende a existência humana desde o momento da concepção propriamente dita, tomando aqui emprestado o conceito da biologia de concepção como o produto da fusão dos gametas masculino e feminino, o que ocorre durante a fecundação; a teoria da nidação, por sua vez, exige que haja a fixação do óvulo fecundado no útero materno para que, a partir de então, se considere existir vida humana; a teoria da implementação do sistema nervoso exige o surgimento do sistema nervoso central, mesmo que em sua forma mais simples e rudimentar, ou que apresente alguma característica humana; a teoria dos sinais eletroencefálicos diz razão à existência de atividade cerebral, mesmo que em patamares mínimos, para o reconhecimento da vida humana; por fim, tem-se a teoria de que apenas com o nascimento, no sentido da exteriorização do ser que se poderia avaliar na incidência do direito a vida.<sup>22</sup>

A teoria adotada pelo ordenamento jurídico nacional é a teoria da concepção segundo a qual, conforme leciona André Ramos Tavares, “*nada impede que o direito confira aos pré-embriões a mesma proteção à vida humana concedendo-lhes, assim, valor idêntico*”<sup>23</sup>. Cumpre observarmos, neste sentido, que com a adição da Emenda constitucional nº 45/2004 (referente à reforma do judiciário) surge uma nova redação dada ao parágrafo terceiro do artigo quinto da constituição federal, que trata da tese de recepção dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo congresso nacional, que passaram a ser equivalentes a emendas constitucionais. Neste sentido, o autor leciona que “*emergirá no cenário constitucional o Pacto de São José da Costa Rica, que em seu art. 4º, n.1, determina :*

<sup>21</sup> (Tavares, André Ramos – Curso de Direito Constitucional, Editora Saraiva, 2007, 5ª ed., p. 499).

<sup>22</sup> (Nesse sentido, Tavares, André Ramos – Curso de Direito Constitucional, Editora Saraiva, 2007, 5ª ed., p. 500-501).

<sup>23</sup> (Tavares, André Ramos – Curso de Direito Constitucional, Editora Saraiva, 2007, 5ª ed., p. 501).

*'toda a pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção'.*<sup>24</sup>

O Brasil é signatário do tratado supracitado, desde 1992, logo, em atenção ao dispositivo do artigo 5º, parágrafo terceiro da constituição, devemos entender que a proteção à vida se inicia desde o momento da concepção em nosso ordenamento pátrio. O autor faz uma ressalva de que a expressão “*em geral*” adotada no dispositivo do tratado em comento, abre margem para a possibilidade de não atendimento dessa premissa em certas situações a serem definidas pelo legislador em que a regra geral (proteção da vida desde o momento da concepção) poderá ser *excepcionada* quando estiverem em jogo outros valores igualmente constitucionais e relevantemente importantes ao direito, neste caso devendo ser sopesados os bens jurídicos a que se pretende proteger.<sup>25</sup>

Insta observarmos que não há por que se falar em necessidade de que o referido tratado seja aprovado nas duas Casas do Congresso, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, pois a emenda 45 de 2004, constitui uma nova norma constitucional em face da qual se exerce um controle de compatibilidade e, em havendo compatibilidade com a matéria que lhe é anterior, como o tratado que foi ratificado em 1992, o direito constitucional prevê que a alteração posterior da Constituição recepciona nos seus novos termos todo o ordenamento anterior que não lhe seja incompatível só considerando relevante o aspecto material da norma, ou seja, seu conteúdo. Assim sendo observamos que o tratado se enquadra na hipótese de recepção e é materialmente compatível com a lei por versar sobre direitos humanos fundamentais.<sup>26</sup>

A Constituição de 1988 estabeleceu “*a dignidade da pessoa humana*” (art. 1º, inciso III) como um dos fundamentos da República e, em seguida, firmou, de forma definitiva, a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º) como garantia fundamental. Ao proceder desta forma, firmou *petreamente* o pensamento constitucional brasileiro em relação ao direito de todos à vida e ao respeito à sua dignidade, conforme se depreende da análise do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da constituição,<sup>27</sup> que elenca o núcleo explicitamente imodificável pela via de emendas constitucionais e, em cujo rol enunciativo, aponta que não serão objeto de

<sup>24</sup> (Tavares, André Ramos – Curso de Direito Constitucional, Editora Saraiva, 2007, 5ª ed., p. 502).

<sup>25</sup> (neste sentido Tavares, André Ramos – Curso de Direito Constitucional, Editora Saraiva, 2007, 5ª ed., p. 502).

<sup>26</sup> (Nesse sentido Mello, Celso de Albuquerque *et al*, Teoria dos direitos fundamentais, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, p. 165-178).

<sup>27</sup> (Nota de Rodapé “Art 60, parágrafo 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – Os direitos e garantias individuais).

emenda as propostas que versarem sobre direitos e garantias individuais. Assim sendo, a fim de modificar o conteúdo destes dispositivos, tornar-se-ia necessário a elaboração de uma nova constituinte o que apenas ressalta a importância dada pelo legislador constituinte originário a estes direitos fundamentais.<sup>28</sup>

A inviolabilidade da vida humana é um prelado de maior relevância na ordem constitucional de forma que nossa lei maior optou por vedar ao próprio Estado a capacidade de atingi-la, conforme se verifica pela análise do artigo 5º, inciso XLVII, alínea a, no qual consta que “*não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada(...)*”. Nestes termos, segundo José Frederico Marques, nem mesmo na hipótese em que busque defender a segurança interna do país, pode o legislador ordinário cominar a pena de morte.<sup>29</sup>

Diante do exposto, podemos concluir que a vida é um bem jurídico fundamental para o direito, uma vez que se constitui como condição necessária, fundamento e suporte de todos os demais direitos do homem, posto que com o seu término (morte) ou sua inexistência implicam no fim da condição de ser humano e de todas as manifestações jurídicas que dependem dessa condição.

### **1.3. Bem Jurídico e o Início da Tutela Penal.**

A fim de melhor compreender os reflexos do aborto na seara do direito será necessário que façamos uma breve análise acerca do objeto a que se procura defender com a tipificação do aborto. Cientes das definições de aborto e vida passaremos a análise do bem jurídico e do marco inicial da tutela penal no caso em estudo.

#### **1.3.1. Considerações Acerca do Bem Jurídico Penal.**

O Direito Penal é regido por princípios norteadores que lhe são próprios e que definem o campo de sua atuação de forma que não é permitida a proteção de bens de forma

---

<sup>28</sup> (nesse sentido *Da Silva, José Afonso – Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros Editores Ltda, 2008, 31ª edição, p. 65-67*).

<sup>29</sup> (Neste sentido, Marques, José Frederico - *Tratado de Direito Penal, Vol. 2, Campinas, Editora. Millenium, 2002, p. 84*).

indistinta e aleatória, ou tão pouco se procederá à proteção de todos os bens existentes. Ao contrário, o direito penal ficará adstrito à proteção dos bens jurídicos de maior relevância, exercendo sua tutela em defesa dos ataques mais gravosos que estes bens estejam suscetíveis de sofrer.

Acerca da delimitação da área de atuação do direito penal, prestaremos especial atenção aos princípios fundamentais penais da intervenção mínima e da lesividade que atuam como seu parâmetro regulador do bem jurídico-penal enquanto objeto do presente estudo.

Segundo o princípio da intervenção mínima, entende-se que o Estado não deve recorrer ao direito penal se existirem outros meios de garantir uma proteção suficiente mediante o uso de outros instrumentos jurídicos não-penais ao objeto que se pretende tutelar, assim, podemos afirmar que o direito penal deve interferir o mínimo possível nas relações sociais exercendo sua tutela sobre bens jurídicos apenas quando isto for estritamente necessário.<sup>30</sup>

A intervenção mínima tem como fundamento o fato de a sanção-penal ser considerada como uma solução imperfeita, razão pela qual deve ser entendida como a ultima alternativa, ou a *ultima ratio*, e, assim sendo, “*o direito penal só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes, e as perturbações mais leves da ordem jurídica são objeto de outros ramos do direito*”.<sup>31</sup> Dessa concepção podemos exprimir dois princípios importantes ao nosso estudo: o princípio da Fragmentariedade e o da Subsidiariedade. O caráter fragmentário do direito penal existe no sentido de que ao tutelar um bem jurídico o direito penal deve fragmentá-lo, visando incidir apenas nas formas de lesão e nos fragmentos mais importantes e essenciais desse bem. Sob esse prisma a fragmentariedade impõe uma seleção dos bens jurídicos e das formas de ofensa a estes bens a que se busca proteger. A subsidiariedade do direito penal, por sua vez, deriva de sua concepção como *ultima ratio*, ou seja, da visão de que só devemos recorrer ao direito penal quando os demais ramos do direito forem meios ineficientes para proteção de um bem jurídico. Sob esse prisma o direito penal se traduz em verdadeiro ramo subsidiário dos demais ramos do direito tendo a

---

<sup>30</sup> (Nesse sentido Batista, Nilo – *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, Rio de Janeiro: Revan, 2005, 10ª edição, p. 84-85).

<sup>31</sup> (Muñoz Conde, Introducción, cit., p. 59; apud Batista, Nilo – *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, Rio de Janeiro: Revan, 2005, 10ª edição, p. 85).

subsidiariedade o escopo de vedar a aplicação de um recurso mais grave quando se é possível obter o mesmo resultado através de meios menos ofensivos.<sup>32</sup>

O princípio da lesividade versa sobre o fator exterior da conduta do agente do delito que deve relacionar-se com o sujeito passivo de forma a diretamente lesionar um bem jurídico deste. Podemos afirmar que para que uma conduta seja considerada crime, ela deverá deflagrar um comportamento que atinja, afete ou lesione bem jurídico alheio de forma significativa. Se a conduta do autor não proporciona lesão capaz de alcançar um mínimo de significância não deverá sequer merecer a atenção do direito penal face à falta de lesividade da conduta deflagrada.<sup>33</sup> Este princípio acaba sendo aplicado critério de mensuração da importância atribuída a cada conduta a fim de que o direito penal intervenha minimamente no âmbito social cuidando apenas dos fatos mais lesivos à vida em sociedade.

Após esta breve análise principiológica acerca da delimitação do campo de atuação do direito penal podemos perceber a importância dada ao conceito de bem jurídico pelo direito penal de forma que passaremos a tratar do bem jurídico como objeto da tutela penal a fim de delimitar o ponto de início de essa tutela penal.

A definição de bem jurídico não é um ponto pacífico para a doutrina do direito sendo certo que diversos autores já se pronunciaram sobre o assunto ora complementando e ora divergindo sobre os entendimentos desse assunto. No âmbito nacional, como bem leciona Luiz Regis Prado, cabe observarmos os entendimentos de alguns autores como Aníbal Bruno, para quem os bens jurídicos “*são valores de vida individual ou coletiva, valores da cultura*”<sup>34</sup>; Francisco de Assis Toledo considera que os bens jurídicos podem ser traduzidos como valores ético-sociais que o direito seleciona como importantes e merecedores de sua proteção visando assegurar a paz social.<sup>35</sup> Heleno Cláudio Fragoso define o bem jurídico como “*o bem humano ou da vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade dependem, sem dúvida, do sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo direito. Bem jurídico é um bem protegido pelo direito: é, portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece, e cuja preservação é disposta*

---

<sup>32</sup> (Nesse sentido Batista, Nilo – *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, Rio de Janeiro: Revan, 2005, 10ª edição, p. 84-88).

<sup>33</sup> (Nesse sentido Batista, Nilo – *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, Rio de Janeiro: Revan, 2005, 10ª edição, p. 91-94).

<sup>34</sup> (Bruno, Aníbal – *Direito Penal*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1967, Volume 1, tomo 1, p. 31, *apud* Prado, Luiz Regis – *Bem jurídico-penal e constituição*, editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2003, p. 48).

<sup>35</sup> (Toledo, Francisco de Assis – *Princípios Básicos de Direito Penal*, São Paulo: Saraiva, 1986. p.16. *apud* Prado, Luiz Regis – *Bem jurídico-penal e constituição*, editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2003, p. 48).

na norma”<sup>36</sup>. Por fim apresentamos o conceito de Magalhães Noronha que define o bem jurídico como “o bem-interesse protegido pela norma penal”<sup>37</sup>

Ante o exposto, podemos concluir que o bem jurídico é produto do conjunto de necessidades que decorrem da vivência social sendo essenciais para regular a vida garantindo a coexistência harmoniosa e o desenvolvimento do homem em sociedade. Trata-se de valores de importância e significados relevantes para o homem e para comunidade, sendo, por essa razão, merecedor de proteção do direito penal.<sup>38</sup>

Observamos, ainda, que, segundo leciona o professor Nilo Batista, não existe um rol enunciativo de bens jurídicos imutáveis, o que existe é um conjunto de relações sociais complexas dentre as quais poderá o legislador se interessar em proteger penalmente alguns aspectos os quais convertera em bens jurídicos. Neste diapasão, o bem jurídico resultará da criação política do crime, sendo fruto da positivação dada pelo legislador à determinado valor social, estando substancialmente ligado à vontade enquanto desiderato do legislador no momento de elaboração da norma penal. O autor aduz ainda que: “*Em qualquer caso, o bem jurídico não pode formalmente opor-se à disciplina que o texto constitucional, explicita ou implicitamente, defere ao aspecto da relação social questionada, funcionando a constituição particularmente como um controle negativo (um aspecto valorado negativamente pela constituição não pode ser erigido bem jurídico pelo legislador)*”<sup>39</sup>. Neste mesmo sentido se pronuncia Luiz Regis Prado, citando Rudolph ao aduzir que “os valores fundamentais devem ter referência constitucional e o legislador ordinário está obrigatoriamente vinculado à proteção de bens jurídicos prévios ao ordenamento penal, cujo conteúdo é determinado de conformidade com os citados valores (...) O bem jurídico nesse contexto, é concebido como uma valiosa unidade de função social (unidade de função viva) indispensável para sobrevivência da comunidade e que tem a norma constitucional como parâmetro basilar”<sup>40</sup>.

Analisando os entendimentos supracitados, podemos concluir que o legislador ordinário não é livre para decidir quais serão os valores que receberão a proteção do direito

<sup>36</sup> (Fragoso, Heleno Cláudio – Lições de Direito Penal Parte Geral, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985, p. 277-278 *apud* Prado, Luiz Regis – Bem jurídico-penal e constituição, editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2003, p. 48).

<sup>37</sup> (Noronha, E. Magalhães – Direito Penal, São Paulo: Editora Saraiva, 1985, Volume 1. *apud* Prado, Luiz Regis – Bem jurídico-penal e constituição, editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2003, p. 48).

<sup>38</sup> (neste sentido Prado, Luiz Regis – Bem jurídico-penal e constituição, editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2003, p. 52-53).

<sup>39</sup> (Batista, Nilo – *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, Rio de Janeiro: Revan, 2005, 10ª edição, p. 96).

<sup>40</sup> (Prado, Luiz Regis – Bem jurídico-penal e constituição, editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2003, p. 64).

penal, devendo prestar obediência aos parâmetros e diretrizes traçados na constituição a fim de delinear os bens jurídicos de competência penal, que se diferem dos demais uma vez que versam, exclusivamente, sobre matéria de superior relevância social de forma a restringir o campo da atuação penal às margens da estrita necessidade.

Revela-se, portanto, sumariamente importante a congruência entre o bem jurídico penalmente tutelado e os valores fundamentais expressos no texto constitucional. Neste diapasão, resta evidente a importância de que princípio da intervenção mínima, ao eleger os bens jurídico-penais, deve ser conjugado segundo o princípio do interesse preponderante, de forma a obstar qualquer sanção penal que provoque mais danos do que aqueles que se procura evitar com a referida medida, devendo observar, ainda, a adequação dos meios do direito penal a fim de que a proteção ao bem jurídico seja efetiva.<sup>41</sup>

### **1.3.2. O Bem Jurídico no Crime de Aborto e o Início da Tutela Penal.**

Diante os conceitos anteriormente apresentados no presente estudo, resta, evidente, que o bem jurídico que se busca amparar sob a tutela do direito penal ao criminalizar as hipóteses de interrupção da gravidez é a proteção da vida humana em desenvolvimento durante sua fase intra-uterina.

A vida, como já vimos anteriormente, tem início a partir da concepção que, segundo leciona Rogério Greco, se inicia “*desde o momento em que o óvulo feminino é fecundado pelo espermatozoide masculino*”.<sup>42</sup> A partir de então, surge uma divergência conceitual na doutrina que diz respeito ao momento em que se inicia a tutela penal sobre essa vida em processo de formação.

Parte da doutrina se posiciona no sentido de que a tutela se iniciará a partir do momento da concepção como aduz Magalhães Noronha ao afirmar que “*embora, do ponto de vista médico, gravidez seja mais propriamente o período que decorre entre a terceira e a quinta fases (nidação e parto), sob o aspecto jurídico ela vai desde a fecundação até o início*

---

<sup>41</sup> (nesse sentido Prado, Luiz Regis – Bem jurídico-penal e constituição, editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2003, p. 101).

<sup>42</sup> (Greco, Rogério – Curso de Direito Penal Parte Especial, Vol. 2, Niterói/RJ: Editora Impetus, 5ª edição, 2008, p. 240).



*do parto*<sup>43</sup>; no mesmo sentido se manifestando Cezar Roberto Bittencourt<sup>44</sup> e José Frederico Marques que, no entanto, ressalva que o estado de gravidez “*tem início com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide*”<sup>45</sup> e não pela nidação, entendimento no qual é acompanhado por Galdino Siqueira<sup>46</sup>, Nelson Hungria<sup>47</sup> e Damásio de Jesus, para quem a proteção penal (tutela) independe da fase da gestação, devendo ser protegida a vida desde o momento em que as células germinais (gametas masculino e feminino) se fundem, na fecundação, até a o início do parto uma vez que o código não faz qualquer ressalva entre óvulo fecundado embrião ou feto<sup>48</sup>. Observamos que apesar de existirem pequenas divergências entre o entendimento deste autores, todos indicam que a tutela penal no crime de aborto se inicia no momento da concepção (fecundação) e se encerra à partir do início do parto.

Por outro lado, o próprio professor Rogério Greco entende que apesar de a vida se iniciar no momento da fecundação, conforme colacionamos anteriormente, esta vida só terá relevância suficiente para ser objeto da proteção por intermédio do direito penal após a nidação, que conforme leciona, “*diz razão à implantação do óvulo já fecundado no útero materno, o que ocorre 14 (quatorze) dias após a fecundação*”<sup>49</sup>. Luiz Regis Prado acompanha esse entendimento e assevera que “*o termo inicial para a prática do delito em exame é, portanto, o começo da gravidez. Do ponto de vista biológico, o início da gravidez é marcado pela fecundação. Todavia, sob o prisma jurídico, a gestação tem início com a implantação do óvulo no endométrio, ou seja, com a sua fixação no útero materno*”<sup>50</sup>. Neste diapasão, enquanto não houver a fixação do óvulo fecundado não poderemos falar em aborto. Este posicionamento, conforme leciona Rogério Greco, se faz necessário para que se afastem discussões relativas ao uso de dispositivos ou de substâncias que seriam consideradas abortivas pelo fato de não permitir a fixação do óvulo fecundado no útero materno, mas que não tiveram repercussão social suficiente para que o legislador penal decidisse por criminalizar o seu uso<sup>51</sup>. A controvérsia em comento foi tratada de forma mais aprofundada

<sup>43</sup> (Noronha, E. Magalhães – Direito Penal, Vol. 2, 1986, ed. Saraiva, 21ª edição, p.50).

<sup>44</sup> (Bittencourt, Cezar Roberto – Tratado de Direito Penal, Vol. 2, Ed. Saraiva, 2006, 5ª ed., p. 159).

<sup>45</sup> (Marques, José Frederico – Tratado de Direito Penal, Vol. 2, Campinas, Editora. Millenium, 2002, p. 192).

<sup>46</sup> (Siqueira, Galdino – Tratado de Direito Penal, Parte especial, Tomo III, Ed. José Konfino, 1947, p. 116).

<sup>47</sup> (Hungria, Nelson e Fragoso, Heleno Cláudio – Comentários ao Código Penal – Vol. 5, Ed. Forense, 1981, 6ª edição p.287).

<sup>48</sup> (Neste sentido Damásio E. – Direito Penal (Parte Especial do Código Penal), 2001, p. 122).

<sup>49</sup> (Greco, Rogério – Curso de Direito Penal Parte Especial, Vol. 2, Niterói/RJ: Editora Impetus, 5ª edição, 2008, p. 240).

<sup>50</sup> (Luiz Regis – Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte especial, Vol.2, 7ª edição, ED. Revista dos Tribunais, 2008, p. 107).

<sup>51</sup> (nesse sentido Greco, Rogério – Curso de Direito Penal Parte Especial, Vol. 2, Niterói/RJ: Editora Impetus, 5ª edição, 2008, p. 240).

por Fragoso, cujo entendimento serve como fundamento para ambos os autores e que colacionamos a seguir *ipsis literis*:

*“O aborto consiste na interrupção da gravidez com a morte do feto. Pressupõe, portanto a gravidez, isto é o estado de gestação, que, para efeitos legais, inicia-se com a implantação do ovo na cavidade uterina. Do ponto de vista médico, a gestação se inicia com a fecundação, ou seja, quando o ovo se forma na trompa, pela união dos gametas masculino e feminino. Inicia-se então a marcha do óvulo fecundado para o útero, com a duração média de três a seis, dando-se a implantação no endométrio. Daí por diante é possível o aborto”.*

*“A matéria tem sido objeto de debate em face dos efeitos anovulatórios orais ou ‘pílulas anticoncepcionais’, bem como do dispositivo intra-uterino (DIU). Certas pílulas impedem a ovulação ou o acesso do espermatozóide ao óvulo, pelas transformações que causam no muco cervical. Em tal caso, impede-se a concepção. Outras pílulas no entanto, atuam após a concepção, impedindo a implantação do ovo no endométrio. O mesmo ocorre com os dispositivos intra-uterinos, cuja ação, para muitos, ainda não está perfeitamente explicada: é certo, no entanto, que não impedem a concepção, mas sim a implantação do ovo ou seu desenvolvimento, provocando a sua expulsão precoce. É fácil compreender que as pílulas da segunda espécie e os DIUs, que não impedem a concepção, seriam abortivos (e não anticoncepcionais), se por aborto se entende a interrupção da gravidez e esta se inicia com a concepção.”*

*“Todavia, a lei não especifica o que se deva entender por aborto, que deve ser definido com critérios normativos, tendo-se presente a valoração social que recai sobre o fato e que conduz a restringir o crime ao período da gravidez que segue à nidação. Aborto é, pois, a interrupção do processo fisiológico da gravidez desde a implantação do ovo no útero materno até o início do parto”<sup>52</sup>.*

Ante a problemática abordada por Fragoso, podemos observar que, sob um prisma meramente teórico-legalista, poderíamos dizer que o uso da chamada pílula do dia seguinte e do dispositivo intra-uterino (DIU) se conjugam de fato como métodos abortivos, posto que seu uso lesiona diretamente o produto da concepção (óvulo fecundado) que não consegue se fixar no útero e, conseqüentemente, acaba tendo sua existência interrompida por estes métodos. Neste sentido o uso de tais artifícios deveria ser ilegal já que a vida se inicia na concepção merecendo desde então a proteção do direito penal que, por sua vez, deve se importar com a positivação dos direitos e garantias fundamentais.

Entretanto, conforme tratamos anteriormente, o bem jurídico-penal está diretamente relacionado a uma valoração, cuja matéria deve ser de grande relevância no meio social. Ante a fragmentariedade do direito penal a questão do uso da “pílula do dia seguinte” e do chamado dispositivo intra-uterino (DIU), mecanismos que figuram no rol de métodos

<sup>52</sup> (Fragoso, Heleno Cláudio – Lições de Direito Penal (Parte Especial - Arts. 121 à 212 do CP), Ed. Forense, 1983, 7ª Edição, p. 112-113).

contraceptivos mesmo que ensejem prática abortiva, aos olhos do legislador, não configurou causa suficientemente importante a ponto de ser vedada pelo direito penal.

Assim sendo, teremos a nidação como o marco inicial para a proteção da vida, por intermédio do tipo penal do aborto. Neste diapasão, conforme leciona o professor Rogério Greco *“uma vez implantado o ovo no útero materno, qualquer comportamento dirigido finalisticamente no sentido de interromper a gravidez, pelo menos a primeira vista, será considerado aborto (consumado ou tentado)”*<sup>53</sup>. Seguindo a mesma linha de raciocínio Luiz Regis Prado fixa o limite mínimo necessário para a existência de aborto a partir da nidação, que conforme já dissemos se inicia cerca de 14 dias após a concepção, e como termo final o início do parto<sup>54</sup>.

Entretanto, é importante que façamos uma ressalva de que o momento da morte do feto não importa para que se caracterize o crime de aborto, podendo este ocorrer se o nascente vier a morrer após sua expulsão com vida do corpo da gestante em razão das práticas abortivas por ele sofridas<sup>55</sup>. Após o parto, ocorrendo a morte do feto por causas alheias a qualquer tentativa de aborto, ficará constituído o crime de homicídio ou de infanticídio, dependendo da situação de fato no caso concreto<sup>56</sup>.

Nestes termos, podemos concluir que, para efeitos legais, a tutela penal no crime de aborto começa a partir do momento da nidação e se encerra com o início do parto, sendo esta a posição mais razoável frente ao ordenamento vigente e a valoração que a própria sociedade dá ao tema.

## **2. BREVE HISTÓRICO DO ABORTO**

### **2.1. Aspectos Gerais**

A decisão de interromper a gravidez não é uma idéia nova decorrente das modernas evoluções sociais dos direitos da mulher, hoje sobrecarregadas com as obrigações da

<sup>53</sup> (Greco, Rogério – Curso de Direito Penal Parte Especial, Vol. 2, Niterói/RJ: Editora Impetus, 5ª edição, 2008, p. 241).

<sup>54</sup> (Luiz Regis – Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte especial, Vol.2, 7ª edição, ED. Revista dos Tribunais, 2008, p. 107-108).

<sup>55</sup> (Neste sentido Luiz Regis – Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte especial, Vol. 2, 7ª edição, ED. Revista dos Tribunais, 2008, p. 108).

<sup>56</sup> (Marques, José Frederico – Tratado de Direito Penal, Vol. 2, Campinas, Editora. Millenium, 2002, p. 200).

maternidade, trabalho e estudo. Sabe-se que desde a antiguidade o aborto sempre constituiu uma prática comum em diversas sociedades tendo sido tratado de diferentes formas ao longo da história.

Inicialmente o aborto era visto segundo duas formas distintas, ou era considerado como assunto de caráter exclusivamente familiar, com alguns reflexos no âmbito do direito privado, ou como um ato criminoso e, assim sendo, passível de punição na esfera penal.

Entre o povo hebreu, a prática do aborto somente veio a ser considerada ilícita muito tempo após a lei mosaica. Até então só era punido o aborto ocasionado, ainda que involuntariamente, mediante violência<sup>57</sup> podendo o agente ser punido de duas formas: se ocorresse a interrupção da gravidez sem danos maiores a gestante a punição se dava através de multa cominada ao agente e que lhe seria imposta pelo marido da gestante conforme o julgamento dos juizes. Porém, se decorrente da interrupção da gravidez a mulher viesse a desfalecer a pena aplicada seria a morte do causador do dano.<sup>58</sup>

O aborto também mereceu menção no Código de Hammurabi<sup>59</sup> uma das mais antigas codificações legais do mundo, datado do século XVIII a.c., que previa em seu Capítulo XII – nos artigos 209 à 214 os crimes de agressão contra mulher gestante que tinham como consequência a interrupção da gravidez. Assim como na lei mosaica a perda do feto ensejava multa, tendo caráter meramente indenizatório enquanto a hipótese que sobreviesse morte da gestante ensejava punição mais gravosa com a morte do agente.

Na Grécia o aborto foi objeto de discussão dos grandes filósofos tendo sido preconizado por Aristóteles como ferramenta de controle populacional para as cidades gregas, desde que fosse realizado antes de o feto adquirir alma; Platão defendia que o aborto deveria ser obrigatório para mulheres com mais de 40 anos. Hipócrates, no entanto, em seu famoso juramento da profissão médica se posicionava contrário ao aborto ao declarar que a nenhuma mulher ministraria qualquer substância abortiva.<sup>60</sup>

Na Roma antiga o aborto não era considerado crime visto que o produto da concepção era considerado, à época, como parte do corpo da gestante que dele poderia livremente dispor.

---

<sup>57</sup> (Hungria, Nelson e Fragoso, Heleno Cláudio – Comentários ao Código Penal – Vol. 5, Ed. Forense, 1981, 6ª edição p.269).

<sup>58</sup> (Bíblia, livro do êxodo, capítulo 21, versículos 22 e 23).

<sup>59</sup> (fonte: [www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hammurabi.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hammurabi.htm)).

<sup>60</sup> (Hungria, Nelson e Fragoso, Heleno Cláudio – Comentários ao Código Penal – Vol. 5, Ed. Forense, 1981, 6ª edição p.269-270).

Ante a concepção da época as práticas abortivas se tornaram freqüentes, porém, com o reinado de *Septimus Severus* o aborto passou a ser visto como uma lesão ao direito de paternidade, sendo justificado pela frustração que causava às expectativas paternas quanto a sua descendência, configurando uma lesão ao direito do marido à prole e conseqüente constituição de herdeiros.<sup>61</sup> Sobre as penas aplicadas, podemos observar que se distinguiam em duas hipóteses: quando a conduta fosse praticada por terceiro ou se fosse praticado pela própria gestante com ou sem auxílio de outrem. Em qualquer das hipóteses poderia ser aplicada à pena capital se a conduta fosse motivada com o escopo de auferir lucro.

Até o presente momento histórico o tratamento dado ao crime de aborto dizia respeito apenas à defesa ora do direito da gestante de livremente dispor sobre seu corpo, ora dos direitos paternos a hereditariedade e a família. Porém, o cristianismo trouxe uma concepção diversa à época ao reputar ao feto, ainda no ventre materno, senão com um ser, no sentido rigoroso do direito, pelo menos como uma entidade a quem a sociedade devia proteção. Nesse sentido, Tertuliano, doutor da igreja no primeiro século formulou a síntese dessa nova diretriz ao delinear que já seria homem aquele que futuramente o será, razão pela qual o aborto passaria a ser visto como crime contra a vida humana.<sup>62</sup>

Na idade média, sob influência do direito canônico, a punição do aborto tornou-se mais freqüente surgindo no período novas discussões acerca da dotação ou não de alma do feto no momento do aborto como meio para definir a punição para o abortamento, discussão que eventualmente foi deixada de lado pelo direito canônico que optou por estabelecer penas idênticas para qualquer caso.

Em razão do estímulo dado pelo cristianismo ao entendimento de o feto dever ser tratado como vida humana o aborto, durante muito tempo, foi equiparado ao homicídio. Durante a idade média, podemos assinalar o tratamento dado na *Constitutio Criminalis Carolina*(1532), ordenação de justiça penal alemã, de Carlos V, sob a qual se desenvolveu o direito penal medieval na Alemanha<sup>63</sup> e que previa a pena de morte para a mulher, na hipótese do auto-aborto, e para o individuo que provocasse o aborto em gestante. Essa equiparação somente foi abandonada à luz do iluminismo, postulando-se, a partir de então, a redução das

---

<sup>61</sup> (Prado, Luiz Régis – Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte especial, Vol.2, 7ª edição, ED. Revista dos Tribunais, 2008, p. 103).

<sup>62</sup> (Siqueira, Galdino – Tratado de Direito Penal, Parte especial, Tomo III, Ed. José Konfino, 1947).

<sup>63</sup> (Kist, Ataides – Direito Penal Brasileiro, Parte geral, Vol. 1, Ed. LED, 2000, p.66).

penas do aborto a patamares mais razoáveis ao conjugar-se a dosimetria no caso das gestantes quando agissem em defesa de sua própria honra.<sup>64</sup>

Durante a primeira metade do século XX, ainda era possível perceber que as principais codificações de direito penal se posicionavam a favor da vedação ao aborto, porém, a partir de 1960, decorrente da evolução dos direitos da mulher em todo o mundo, grupos feministas começaram a se organizar e a fazer pressão no sentido de permitir à mulher tomar a decisão de continuar ou não com a gravidez, buscando assim legitimar o aborto. No início da década de 70, com o julgamento na suprema corte norte americana do caso Roe x Wade (ROE v. WADE, 410 U.S. 113 [1973]) abriu-se um importante precedente na discussão pela liberação da prática do aborto na América e no mundo.<sup>65</sup>

Atualmente há uma grande efervescência político-social acerca da possível descriminalização de alguns dispositivos do código penal brasileiro, no que tange o crime do aborto. Antes de passarmos a análise desses dispositivos e faremos um breve acompanhamento do histórico do aborto no Brasil.

## 2.2. Aborto no Brasil.

O aborto foi contemplado pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro em 16 de dezembro de 1830, com a promulgação do Código Criminal do Império do Brasil, que tratou do tema no capítulo referente aos “Crimes contra a segurança da pessoas e da vida”, na forma dos artigos 199 e 200, que oportunamente colacionamos.<sup>66</sup>

Art.199 – "Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior ou exteriormente com consentimento da mulher pejada.  
Penas - de prisão com trabalho por um a cinco annos.  
(...)

<sup>64</sup> (Neste sentido Prado, Luiz Regis – Curso de Direito Penal Brasileiro, p. 104).

<sup>65</sup> (nesse sentido; Dworkin, R. - Domínio da Vida, Aborto, Eutanásia e liberdades individuais, 2003, p.4-7).

<sup>66</sup> (Neste sentido Prado, Luiz Regis – Curso de Direito Penal Brasileiro, p. 104).

Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada. Penas - dobradas".

Art.200 – "Fornecer com conhecimento de causa drogas ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este não se verifique.

Penas - de prisão com trabalhos por dous ou seis annos.

(...)

“Se este crime for cometido por médico, boticário, cirurgião ou praticante de tais artes. Penas – dobradas.”

O código de 1830 não previa punição para o aborto praticado pela própria gestante (auto-aborto) assim como não atribuía à gestante qualquer responsabilidade criminal pelo consentimento para o aborto praticado por terceiros. Segundo leciona César Roberto Bitencourt: *“A punição pela conduta somente era imposta aos terceiros que intervissem no abortamento, não podendo alcançar a gestante em nenhuma hipótese”*. Salienta-se que pela letra do artigo 200 do Código em comento, o mero fornecimento dos meios abortivos também era punido, ainda que o aborto não viesse a ser consumado de fato, o que prefigura um caráter prático de criminalização dos atos preparatórios à conduta, podendo a pena ser agravada na hipótese de o agente ser médico, boticário (equivalente a um farmacêutico moderno), cirurgião ou praticante de tais artes.<sup>67</sup>

Assim, percebemos que, em linhas gerais, o Código Criminal do Império criminalizava o aborto consentido e o aborto sofrido sendo silente no tocante ao aborto provocado pela própria gestante (auto-aborto).

O código penal de 1890, por sua vez, veio ampliar a imputabilidade nos crimes de aborto, passando a criminalizar mesmo aqueles praticados pela própria gestante (auto-aborto). Há de se observar que no caso do auto-aborto o legislador estabeleceu uma atenuante considerável se a conduta típica tivesse a finalidade específica de ocultar desonra própria da gestante, conforme leciona o parágrafo único do art. 301, segundo o qual aplicava-se pena do *caput*, reduzida de três terços, se o crime fosse cometido para ocultar desonra própria.

O referido código, ainda inovou ao introduzir no ordenamento jurídico pátrio a noção do aborto legal ou necessário na forma do art. 302, como aquele que era autorizado tendo como escopo salvar a vida da parturiente; fazendo a ressalva que, nesse caso, seria punível a

---

<sup>67</sup> (neste sentido Bittencourt, César Roberto – Tratado de Direito Penal, Parte Especial, Vol. 2, 2006, 5ª edição, ed. Saraiva, p. 156).

eventual imperícia do médico ou da parteira que, culposamente, causassem a morte da gestante no curso do procedimento.<sup>68</sup>

O código apresenta, ainda, uma distinção relacionada ao crime de aborto caso houvesse, ou não, expulsão do feto agravando-se a conduta delituosa pela morte da gestante, conforme atesta o artigo 300 do código em comento que ora colacionamos:

“art. 300 – Provocar aborto haja ou não a expulsão do fructo da concepção. No primeiro caso: pena de prisão cellual por dous a seis annos. No segundo caso: - Pena de prisão cellual de seis meses a um anno. Parágrafo 1º - Si, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provoca-lo, seguir-se a morte da mulher: - Pena de prisão cellual de seis a vinte e quatro annos.

Parágrafo 2º - si o aborto fôr provocado por médico, ou parteira legalmente habilitada para exercício da medicina: Penas – a mesma precedentemente estabelecida, e a de privaçãodo exercício da profissão da medicina.: Penas - a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação de exercício da profissão por tempo igual ao da condenação”.  
(...)

Assim, podemos notar que o código de 1890 passa a regular o auto-aborto, inova ao introduzir a idéia do aborto legal ou necessário e diferencia o aborto em razão da expulsão ou não do produto da concepção, aplicando pena maior na hipótese de expulsão, esse posicionamento adotado pelo legislador pode ser entendido como uma proteção gradual à vida à medida que ocorre o processo de desenvolvimento intra-uterino.

O código penal de 1940, inspirado na filosofia do código penal italiano que trata o aborto entre os “CRIMES CONTRA A INTEGRIDADE E A SAÚDE DA ESTIRPE” (arts. 545 a 555) e no código penal espanhol que classifica o fato no título dos “Delitos contra las personas” (arts. 411 a 417), classificou o aborto no título “DOS CRIMES CONTRA A PESSOA HUMANA” mais especificamente no capítulo “DOS CRIMES CONTRA A VIDA”. Assim o legislador buscou aclarar que o objeto da tutela penal é a vida do feto, produto da concepção humana que esta vivo, o que por si só já é razão suficiente para que mereça ser protegido pelo direito.<sup>69</sup>

Assim sendo, tipificou o aborto em quatro figuras distintas: o aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento(art.124); o aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante(art.125), o aborto consentido, que também é tratado como

<sup>68</sup> (in ibid, p.156 e Prado, Luiz Regis – Curso de Direito Penal Brasileiro, Vol. 2, parte especial, 7ª Edição, Editora RT, p 104).

<sup>69</sup> (nesse sentido, Jesus, Damásio E. – Direito Penal 2º Vol. – Parte Especial, Ed. Saraiva, 24ª edição, 2001).



modalidade de aborto provocado por terceiro mediante anuência da gestante(art.126) e o aborto legal, nas hipóteses do aborto necessário e na gravidez resultante de estupro nos quais que se conjuga a exclusão da punibilidade em razão da antijuridicidade da conduta.

No aborto provocado, a gestante passa a assumir a responsabilidade pelo abortamento a que deu casa; no sofrido há interrupção da gravidez por força externa alheia (terceiros) sem a anuência da gestante, dirigindo-se a responsabilidade para o agente da conduta que enseja a interrupção; e, por fim, no aborto consentido, temos a hipótese em que, embora não tome parte ativa na conduta, a gestante consente para que se realize o aborto. Observamos que todas estas hipóteses serão tratadas no capítulo seguinte ao tratarmos das considerações legais e suas hipóteses de incidência.

O legislador do código de 1940 ao organizar a parte especial, dividiu-a em onze títulos, começando pelos crimes contra as pessoa e o patrimônio, passando pelos delitos contra os bens jurídicos comunitários, para chegar aos crimes contra a fé pública e, finalmente, aos crimes contra a administração pública. O modelo de organização adotado, seguindo a presente ordem de classificação dos tipos penais, prioriza as ofensas ao indivíduo e à comunidade por sobre aquelas dirigidas ao Estado.<sup>70</sup>

Nesse sentido, podemos perceber a primazia dada pelo legislador às ofensas dirigidas aos indivíduos e, ínsito neste ensejo, à importância da vida e da integridade física dos cidadãos em meio aos demais bens jurídicos tutelados pelo direito penal brasileiro.

Em 21 de outubro de 1969, após ter sua tramitação demasiadamente protelada em razão das conturbadas circunstâncias políticas do período histórico da ditadura, o anteprojeto de código penal de Nélson Hungria foi finalmente promulgado ensejando o nascimento do Código Penal de 1969, pela edição do decreto-lei nº. 1.004/69, e que viria a ser objeto de diversas retificações tratadas pela lei nº. 6.016/73, mas sua vigência, postergada diversas vezes, jamais veio a se consolidar vindo a ser revogado, posteriormente, pela lei nº. 6.416/78.<sup>71</sup>

No que concerne ao aborto, o código penal de 1969 buscou reintroduzir em nosso direito a idéia do aborto por motivo de honra como forma privilegiada do tipo, ensejando diminuição da pena, previa, ainda, o aborto preterdoloso (que o anteprojeto de Hungria

<sup>70</sup> (Zaffaroni, E. Raúl; Batista, Nilo; Alagia, Alejandro e Slokar, Alejandro – Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal, Ed. , 2003, 2ª edição, p.474).

<sup>71</sup> ( Zaffaroni, E. Raúl; Batista, Nilo; Alagia, Alejandro e Slokar, Alejandro – Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal, Ed. , 2003, 2ª edição, p.479).

chamava de culposo), que pressupõe precedente ação violenta dolosa (com ou sem lesão corporal) visando causar o aborto, e suprimia a lesão corporal gravíssima prevista no art. 129, parágrafo 2º, inciso V do código penal vigente que trata da lesão corporal gravíssima que resulta em abortamento quando este não era desejado.

O código de 1969 também tentou suprimir o a excludente de antijuridicidade do artigo 128, inciso II, que trata da gravidez resultante de estupro, contemplada no código penal vigente. Neste sentido, o código de 1969 tentou ser mais enfático que seu predecessor somente permitindo o aborto caso este fosse o único recurso para evitar a morte da gestante.<sup>72</sup>

Atualmente, o aborto provocado é incriminado em grande parte das legislações em vigor. Não obstante, deflagra-se uma grande discussão no meio social entre correntes favoráveis e contrárias a essa tipificação movendo numerosos argumentos em favor da descriminalização do aborto, as quais trataremos mais adiante. No presente momento, com o escopo de finalizar esta breve análise histórica, cumpre observarmos que o tipo penal em comento encontra previsão no Código Penal Brasileiro (1940) e na maioria das legislações contemporâneas.

### 3. CONSIDERAÇÕES LEGAIS

#### 3.1 Hipóteses de Ocorrência.

O presente capítulo se dispõe a tratar da análise das hipóteses de ocorrência do crime de aborto tipificados no código penal brasileiro, perfazendo uma análise legal dos tipos penais. Neste diapasão colacionamos os tipos penais que serão tratados:

#### **Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento**

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

#### **Aborto provocado por terceiro**

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

<sup>72</sup> (nesse sentido Fragoso, Heleno Cláudio – Lições de Direito Penal, Ed. Forense, 1983, 7ª edição, p. 109).

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

#### **Forma qualificada**

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

#### **Aborto necessário**

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

#### **Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

### **3.1.1. O Auto-Aborto.**

O auto-aborto é previsto na forma do artigo 124 do código penal e conjuga-se como modalidade de aborto provocado. Trata-se de hipótese em que a própria gestante provoca a conduta (abortamento) em si mesma figurando como agente do fato típico penal, mas a gestante pode praticar o mesmo crime aderindo à outra conduta manifesta no consentimento para que terceiro provoque o aborto nela.

Segundo leciona Cezar Roberto Bitencourt: “o artigo 124 do código penal tipifica duas condutas por meio das quais a gestante pode interromper sua gravidez, causando a morte do feto: com a primeira, ela mesma provoca o abortamento; com a segunda, consente que terceiro lho provoque”<sup>73</sup>. Trata-se de delito especial próprio, ou crime de mão própria, no qual a conduta deve ser realizada pessoalmente pelo sujeito ativo, que será tão somente a gestante, não sendo admitida a co-autoria sendo, entretanto, possível ocorrer a participação.<sup>74</sup>

A primeira parte do tipo penal trata do auto-aborto como modalidade em que a gestante pratica atos que ensejam a interrupção da gravidez em si mesma sendo, portanto a

<sup>73</sup> (Bitencourt, César Roberto – Tratado de Direito Penal, Vol. 2, Ed. Saraiva, 2006, 5ª ed., p. 160-161).

<sup>74</sup> (Nesse sentido, JESUS, Damásio E. de. Direito Penal – Parte Geral. 23a ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p.169-170).

única agente da conduta e atuando de forma ativa e direta. A gestante age como sujeito ativo da conduta que terá o produto da concepção como sujeito passivo. Podemos exemplificar a conduta na hipótese em que a gestante fazendo uso de objeto contundente desfere golpes contra o próprio abdômen objetivando causar lesão suficiente para provocar um aborto espontâneo, e aqui usamos o termo espontâneo meramente por não versar a hipótese sobre uso de substância abortiva.

A segunda parte do artigo 124 trata da hipótese em que a gestante consente que outrem provoquem o aborto, ou seja, a conduta será praticada por terceiro mediante expresso consentimento da gestante. Nesse caso, segundo Magalhães Noronha, apesar de a conduta ser praticada por terceiro a gestante, mediante sua anuência, atua de forma direta não se omitindo, mas, em verdade, cooperando e sujeitando-se ao abortamento<sup>75</sup>.

Na hipótese supracitada a gestante, ao consentir no aborto, incidirá nas mesmas penas do auto-aborto, pois age com o escopo de produzi-lo em si mesma. Nesse sentido a mulher que consente e auxilia ao participar, ou pacificamente permite os procedimentos necessários para esse fim, pratica um único crime visto que *“provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoquem”*<sup>76</sup> é a expressão formal do auto-aborto que consiste em crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, o que importa dizer que ambas as condutas da gestante resultam no mesmo fato típico uma vez que, apesar de diversas, postulam o mesmo resultado de provocar o aborto em si mesma. Diferencia-se a conduta, apenas, ao analisarmos se a participação da gestante nos atos executórios será direta ou indireta.<sup>77</sup>

Cumpramos observarmos que no caso em tela, a gestante deverá ser enquadrada como partícipe da conduta do terceiro que pratica materialmente o aborto atentando que, neste caso específico, ocorre uma exceção à regra do *caput* do artigo 29 do código penal constituindo uma exceção à teoria monística adotada por este. Com efeito, podemos observar que ainda que a conduta configure exceção, o fato de a gestante, sendo partícipe, responder por uma pena menos gravosa esta diretamente relacionado ao grau de reprovabilidade da conduta praticada e nesse sentido, podemos concluir que o legislador considerou que a conduta de consentir é consideravelmente menos gravosa do que a conduta do terceiro que materializa o

<sup>75</sup> (neste sentido, Noronha, E. Magalhães – Direito Penal, Vol. 2, 1986, ed. Saraiva, 21ª edição, p.56).

<sup>76</sup> (artigo 124 do código Penal).

<sup>77</sup> (Nesse sentido, Bitencourt, César Roberto – Tratado de Direito Penal, Vol. 2, Ed. Saraiva, 2006, 5ª ed., p. 160-162).

tipo ao provocar o aborto. Assim a pena cominada no auto-aborto é de detenção, de um a três anos no que concerne à gestante.<sup>78</sup>

### **3.1.2. O Aborto Provocado por Terceiro.**

A presente subdivisão tratará das hipóteses em que terceiro atua no caso concreto produzindo a interrupção da gestação, o que poderá acontecer de duas formas distintas dependendo de a conduta do agente possuir, ou não o consentimento da gestante. Trataremos também da questão acerca dos consentimentos válido e presumido.

#### **3.1.2.1. Provocado com Consentimento da Gestante.**

Nas hipóteses nas quais o terceiro provoca o aborto com consentimento da gestante, ele poderá responder pelo ilícito penal de duas formas, dependendo de sua atuação no caso concreto. Como já dissemos anteriormente, trata-se de crime de mão-própria e por isso não admitirá a hipótese de co-autoria sendo possível, entretanto, a participação e é justamente sobre este prisma que se imputará a adequação típica do terceiro, ora no artigo 126, ora na segunda parte do artigo 124 do código penal.

Se o terceiro, com anuência da gestante, agir concorrendo de qualquer modo para provocar o aborto, tomando para si atos executórios e materializando de fato a conduta, responderá pelo delito inculcado no artigo 126 do código penal, qual seja, “provocar aborto com consentimento da gestante” cuja pena é de reclusão de um a quatro anos.<sup>79</sup> Se, por sua vez, o terceiro restringir sua conduta a induzir, instigar ou auxiliar a gestante a realizar aborto em si mesma ou a consentir a outrem que o faça, responderá por participação no delito do artigo 124 do código penal, com pena de detenção de um a três anos.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> (Nesse sentido, Bitencourt, César Roberto – Tratado de Direito Penal, Vol. 2, Ed. Saraiva, 2006, 5ª ed., p. 160-162;164).

<sup>79</sup> (Hungria, Nelson e Fragoso, Heleno Cláudio – Comentários ao Código Penal – Vol. 5, Ed. Forense, 1981, 6ª edição p.302).

<sup>80</sup> (nesse sentido, Prado, Luiz Régis – Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte especial, Vol. 2, 2008, 7ª edição, ED. Revista dos Tribunais, p. 112).

O terceiro, ao atuar meramente como participe da conduta de auto-aborto, não estará praticando atos concretos objetivando a provocação do abortamento, por esta razão, poderíamos dizer que sua conduta é menos gravosa do que a da gestante que pratica diretamente o aborto e que esta hipótese não configuraria provocação, mas induzimento ao aborto e nesse sentido responderá, “apenas”, por participação incorrendo na mesma pena cominável a gestante que seria de 3 anos pelo auto-aborto.<sup>81</sup>

Resta evidente que na hipótese do artigo 126 a conduta deve ser ativa e o terceiro deverá praticar a conduta do fato de forma concreta, não como mero participe, mas como sujeito ativo do tipo penal.

Ademais, para que o fato concreto se enquadre à hipótese do artigo 126 exige-se que o consentimento da gestante seja válido, ou seja, que tenha sido livremente obtido e que a mulher possua um discernimento mínimo traduzido em uma capacidade de compreensão e maturidade necessária para validamente consentir. Neste diapasão, segundo o parágrafo único do artigo 126, não será considerado válido o consentimento obtido se a gestante não for maior de catorze anos; se for alienada ou débil mental ou se for obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Nas duas primeiras hipóteses avençadas no referido dispositivo presume-se a incapacidade de consentimento em razão da imaturidade, pelo desenvolvimento mental incompleto ou retardado ou, ainda, em razão da falta de entendimento ético-jurídico que ocorre por se tratar de pessoa plenamente incapaz<sup>82</sup>; a terceira e ultima hipótese consiste na não existência de um consentimento real, uma vez que o consentimento obtido foi dado mediante o uso de fraude, grave ameaça ou violência por parte do terceiro.

Ainda acerca do que concerne a esta terceira modalidade, é cabível aclararmos os significados da terminologia adotada pelo legislador penal a fim de podermos alcançar uma maior percepção do conteúdo da norma em questão, razão pela qual apresentamos as seguintes definições: *Fraude* - para os fins do parágrafo único do artigo 126, diz razão a todo e qualquer ardil, ou persuasão, que tente induzir a gestante a erro; para exemplificar, poderíamos dizer que ocorreria fraude se o terceiro persuade a gestante de que o

---

<sup>81</sup> (Nesse sentido Hungria, Nelson e Fragoso, Heleno Cláudio – Comentários ao Código Penal – Vol. 5, Ed. Forense, 1981, 6ª edição p.302).

<sup>82</sup> (Fragoso, Heleno Cláudio – Lições de Direito Penal Parte Especial - Arts. 121 a 212 do CP, Ed. Forense, 1983, 7ª Edição, p. 116-117).

prosseguimento da gravidez acarretaria em grave perigo contra sua saúde podendo ser causa suficiente para causar até mesmo sua morte, convencendo-a de que deve realizar o aborto. Grave Ameaça - para os fins deste dispositivo, podemos entender qualquer ameaça de monta suficiente para vencer a capacidade de resistência de uma pessoa normal, poderíamos citar, como exemplo, a promessa de promover mal injusto e grave (como uma ameaça de morte, por exemplo) à gestante ou a pessoa a ela vinculada por laços de amizade ou de parentesco caso não consinta na prática do aborto<sup>83</sup>. Para concluir trataremos da violência que, *in casu*, deve ser conjugada como aquela empregada com a finalidade específica de obter apenas o consentimento da gestante para a realização dos atos que materializarão o aborto. Observamos que se estivéssemos tratando de violência com finalidade de ensejar o aborto e não a de meramente obter consentimento, estaríamos tratando de modalidade diversa manifesta no crime de aborto não consentido.

No caso do consentimento inválido de que tratamos acima, considera-se como se ele sequer tivesse sido dado, de forma que o próprio código penal alude à aplicação da pena do artigo 125, que trata da hipótese de aborto sem consentimento da gestante, e é de reclusão de 3 a 10 anos. Cumpre salientarmos que o uso de meio diverso ao acordado entre a gestante e o agente (terceiro), segundo lecionam José Frederico Marques e Heleno Cláudio Fragoso, não implicará em causa suficiente para invalidar o consentimento dado, posto que o dissenso não influirá determinantemente na produção do efeito final, reportando-se apenas ao *modus operandi* pelo qual se alcançará a finalidade desejada (o abortamento). Sendo assim, o desacordo quanto ao meio não eximirá de pena a gestante e também não agravará a situação de quem provocou o aborto.<sup>84</sup>

No tocante a pena que será aplicada observamos, ainda, que não há como se cogitar a hipótese de recair punição sobre a gestante menor de 14 anos nem sobre a alienada ou débil mental, pois, nesses casos, tratam-se de pessoa absolutamente incapaz de possuir entendimento ético-jurídico ou de produzir, sozinha, atos de auto governo, assim, nos termos do artigo 26 do código penal, as expressões supracitadas se adequariam à hipótese da cláusula de inimputabilidade penal. Na hipótese de fraude, grave ameaça ou violência a gestante estará inserida na hipótese do artigo 22 do código penal, por se tratarem de situações onde ocorre

<sup>83</sup> (Nesse sentido Hungria, Nelson e Fragoso, Heleno Cláudio – Comentários ao Código Penal – Vol. 5, Ed. Forense, 1981, 6ª edição p. 302-303 e Prado, Luiz Régis – Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte especial, Vol. 2, 7ª edição, ED. Revista dos Tribunais, 2008, p. 112-113).

<sup>84</sup> (Neste sentido Marques, José Frederico – Tratado de Direito Penal, Ed. Millenium, 2002, p. 208-209 e Fragoso, Heleno Cláudio – Lições de Direito Penal - Parte Especial - Arts. 121 a 212 do CP, Ed. Forense, 1983, 7ª Edição, p. 116).

coação irresistível e, portanto, de acordo com o dispositivo legal, quaisquer punições sobre a conduta produzida deverão ser dirigidas ao autor da coação que constrangeu a gestante.<sup>85</sup>

Para concluir a questão do aborto consentido salientamos que a vênua dada pela gestante, além de válida, deve se estender do início ao fim da conduta a fim de caracterizar esta espécie de aborto. Logo se, a qualquer tempo, a gestante revoga o consentimento dado e o terceiro continua a realizar as manobras abortivas iniciadas, ou inicia a manobra/procedimento que produza o aborto, este responderá pelo delito do artigo 125(aborto provocado sem consentimento da gestante). Porém, se o terceiro, justificadamente, supõe estar presente o consentimento, quando na verdade este inexistente, ocorrerá erro de tipo por conta do erro do próprio agente e este responderá pelo crime pretendido, ou seja, pelo artigo 126(com consentimento) e não pelo artigo 125 (sem consentimento).<sup>86</sup>

Para melhor ilustrar a situação supracitada, propomos o seguinte exemplo: Mércia esta grávida de Tício e após uma longa conversa com seu companheiro resolve consentir com os anseios do rapaz em provocar a interrupção de sua gravidez. Assim, pede que ele compre substância de caráter abortivo a fim de proceder com o abortamento do feto indesejado. Enquanto Tício sai para comprar o abortivo, Mércia resolve conversar com sua mãe que a convence a mudar de idéia, sem saber da conversa, Tício, ao retornar, mistura o abortivo em uma bebida e a serve a Mércia que posteriormente vem a sofrer o aborto. No caso em tela Tício deverá responder pelo crime do artigo 126 posto que o erro em seu proceder é justificado dado não ter tomado ciência da mudança de idéia de sua companheira.

Podemos concluir que nas hipóteses de aborto com consentimento da gestante a pena aplicada à conduta do terceiro poderá regida, ora pelo artigo 124, em sua parte final, ora pelo artigo 126, dependendo apenas da forma como este atuará no caso concreto, se direta ou indiretamente, uma vez que a mudança no agir não excluirá a tipicidade da conduta, mas apenas deslocará o agente de um tipo penal para o outro.

---

<sup>85</sup> (neste sentido, Hungria, Nelson e Fragoso, Heleno Cláudio – Comentários ao Código Penal – Vol. 5, Ed. Forense, 1981, 6ª edição p. 302-303; Fragoso, Heleno Cláudio – Lições de Direito Penal - Parte Especial - Arts. 121 à 212 do CP, Ed. Forense, 1983, 7ª Edição, p. 116-117 ; Prado, Luiz Régis – Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte especial, Vol. 2, 7ª edição, ED. Revista dos Tribunais, 2008, p. 112-113 e Damásio E. – Direito Penal (Parte Especial do Código Penal), 2001, p. 125-126).

<sup>86</sup> (nesse sentido Prado, Luiz Régis – Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte especial, Vol.2, 7ª edição, ED. Revista dos Tribunais, 2008, p. 113).



### 3.1.2.2. Provocado sem Consentimento da Gestante.

O aborto provocado sem consentimento da gestante, ou *aborto sofrido* é tratado no artigo 125 do código penal e diz razão à hipótese mais grave do crime e que, por essa razão, recebe maior punição cominada ao crime de aborto, pena de reclusão de 3 a 10 anos. O tipo poderá se consumir de duas formas distintas relacionadas à ausência do consentimento da gestante, que poderá configura-se como uma ausência real ou presumida.<sup>87</sup>

A ausência real de consentimento diz razão às hipóteses em que inexiste a anuência da gestante para que seja provocado o aborto, neste sentido, segundo o saudoso mestre Galdino Siqueira, estaremos diante da hipótese do artigo 125 quando: *“independente de negativa expressa, ter-se-á esta espécie de aborto se os meios abortivos forem empregados à revelia da gestante ou ignorando ela achar-se grávida”*.<sup>88</sup> Assim sendo, a ausência real de consentimento pode ser traduzida pela conduta do agente que, sem se importar com a vontade da gestante ou com sua condição especial (que requer cuidados), avoca para si os meios para provocar o abortamento nesta, podendo se valer do uso de força física, grave ameaça ou fraude como meios para a realização das manobras abortivas. Observamos que devemos diferenciar a conduta do agente, nesta hipótese, dos casos de aborto com consentimento inválido ao qual se refere o parágrafo único do artigo 126, posto que aquelas hipóteses dizem razão ao uso de força física, grave ameaça ou fraude como meios para obter o consentimento da gestante para que se pratique o aborto, enquanto a forma do artigo 125 busca interrupção da gravidez em si. Atentamos, ainda, que o agente poderá se valer de mera simulação de uso dos meios supracitados ou ainda de dissimulação como ferramenta para ilidir a gestante em erro e realizar um procedimento abortivo sem que esta tenha ciência de que, de fato, esta sofrendo aborto.<sup>89</sup>

Para exemplificar as condutas supracitadas apresentamos as seguintes hipóteses; um indivíduo colocar substância abortiva na bebida da gestante sem que ela saiba visando provocar o abortamento (dissimulação); se o agente ameaça matar a gestante ou a seus entes queridos caso permita a realização do aborto; o agente agride a gestante visando provocar um

<sup>87</sup> (neste sentido Bitencourt, César Roberto – Tratado de Direito Penal, Vol. 2, Ed. Saraiva, 2006, 5ª ed., p. 163).

<sup>88</sup> (Siqueira, Galdino – Tratado de Direito Penal, Parte especial, Tomo III, Ed. José Konfino, 1947, p.117).

<sup>89</sup> (Bitencourt, César Roberto – Tratado de Direito Penal, Vol. 2, Ed. Saraiva, 2006, 5ª ed., p. 163-164).

aborto espontâneo decorrente da agressão física (ambas as ultimas hipóteses tratam de condutas ativas do *caput* do artigo 126).

A ausência do consentimento faz parte da estrutura elementar do tipo penal expresso no artigo 125, de forma que havendo consentimento da gestante afasta-se a tipicidade da conduta, que exige o dissenso entre as partes para que se configure esta modalidade específica de aborto. Isto, obviamente, não implica dizer que a conduta será atípica apenas faz menção ao fato de que a tipicidade será deslocada para outro dispositivo legal por se tratar de modalidade de aborto consentido (artigo 126).

A ausência de consentimento poderá ser presumida, segundo César Roberto Bittencourt “*quando estiverem presentes as condições elencadas no artigo 224*”. O referido artigo, por sua vez, presume violência na conduta do agente se: “*a vítima não é maior de 14 anos; é alienada ou débil mental e o agente desconhecia essa circunstância; ou não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência*”.<sup>90</sup> Nestes termos, podemos entender estar presumida a violência como meio pra produzir o aborto do artigo 125 nos casos em que a vítima se enquadre no rol enunciativo do artigo 224 do código penal.<sup>91</sup>

### 3.2. Das Excludentes de Antijuridicidade.

Neste tópico trataremos das hipóteses de excludentes de antijuridicidade previstas no artigo 128 do código penal. O referido dispositivo versa sobre as hipóteses de aborto legal, ou permitido, e se subdivide em dois incisos tratando cada um de uma espécie na qual se permite a intervenção da gravidez.

“O art 128 do Código Penal determina: “*Não se pune o aborto praticado por médico: I – Se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal*”.

<sup>90</sup> (fazer nota de rodapé com o texto do artigo 224 ).

<sup>91</sup> (Bittencourt, César Roberto – Tratado de Direito Penal, Vol. 2, Ed. Saraiva, 2006, 5ª ed., p. 163-164 e Prado, Luiz Régis – Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte especial, Vol.2, 7ª edição, ED. Revista dos Tribunais, 2008, p. 112).

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, a norma do artigo 128 consiste em “*uma forma especial de o legislador excluir a ilicitude de uma infração penal sem dizer que não ‘há crime’, como faz no art. 23 do mesmo diploma legal*”.<sup>92</sup> Com efeito, o artigo 23 do código penal trata da exclusão de ilicitude enunciando as condições legais necessárias para que se considere autorizada determinada conduta que, em condições normais, seria tida como ilícita.<sup>93</sup>

O professor Damásio de Jesus complementa, neste sentido, o entendimento citado ao afirmar que a disposição do art 128 não contém causas de exclusão da culpabilidade nem escusas absolutórias ou causas extintivas. O emérito doutrinador esclarece se tratar de causa de exclusão da antijuridicidade posto que o tipo penal enuncia que: “não se pune o aborto praticado por médico” para depois elencar as hipóteses específicas em que se afastará a punibilidade da conduta.

Neste sentido, Magalhães Noronha critica a linguagem adotada no artigo 128 do código por considerar que a redação do dispositivo pode ilidir o seu intérprete a erro, por esta eivada de limitação técnica. Segundo leciona, ao utilizar a expressão “não se pune o aborto praticado por médico...” o dispositivo da lei, pode levar à conclusão de se tratar de dirimente ou de escusa absolutória, o que seria insustentável posto que vislumbrando esta hipótese, o auxiliar de enfermagem, ou enfermeira, que auxiliasse o médico no aborto seriam punidos, pois não estariam inclusos no enunciado do dispositivo. Com efeito, nas palavras do mestre Magalhães Noronha: “*nos incisos do art. 128, o que desaparece é a ilicitude ou antijuridicidade do fato e, conseqüentemente, devia dizer-se: ‘não há crime’*”.<sup>94</sup>

Observamos que, conforme complementa José Frederico Marques, a forma do tipo penal, expressa nos dizeres da lei, dirige-se à não punição do aborto e não do médico, se nela se dissesse que não se pune o médico que pratica o aborto em suas modalidades terapêutica e sentimental, aí sim, estaríamos falando em dirimente ou escusa absolutória do agente. O texto, portanto, alude diretamente a não punição do fato típico (provocar aborto em gestante) nos termos do dispositivo legal e, em se tratando de matéria penal, quando falamos de fato impunível estaremos diante de um fato lícito que não constitui crime para o direito penal.

<sup>92</sup> (Bitencourt, Cezar Roberto – Tratado de Direito Penal, Vol. 2, Ed. Saraiva, 2006, 5ª ed., p. 168-167).

<sup>93</sup> (O comando exposto no dispositivo em comento aduz que “Não há crime quando o agente pratica o fato: I – Em estado de necessidade; II – Em legítima defesa; III – Em estrito cumprimento de dever legal ou em exercício regular de direito – Fazer nota de rodapé).

<sup>94</sup> (Noronha, E. Magalhães – Direito Penal, Vol. 2, 1986, ed. Saraiva, 21ª edição, p.58).

Assim, podemos concluir, que na hipótese de incidência de algum dos casos propostos nos incisos do artigo 128, não haverá crime em razão da exclusão da ilicitude.

Neste sentido o legislador penal acertou tratar do caso como excludente de antijuridicidade, pois, dessa forma, uma vez que a conduta principal será lícita não haverá como se considerar ilícita a conduta do auxiliar de enfermagem ou da enfermeira na hipótese supracitada, já que serão meros partícipes de uma conduta lícita para o direito penal inexistindo, portanto, fato punível.<sup>95</sup>

Antes de passarmos adiante no estudo das hipóteses de exclusão da antijuridicidade, *in casu*, cumpre observarmos que a existência do comando normativo do artigo 128 não representa uma inconsistência na regulamentação do crime de aborto ao criar hipóteses permissivas para a interrupção da gravidez e, conseqüentemente, de lesão ao bem jurídico protegido no referido ilícito penal, como bem leciona Luiz Régis Prado que aduz: *“apesar da tipificação do aborto voluntário, o código penal brasileiro adota o sistema das indicações. Segundo esse sistema, a vida do nascituro é um bem jurídico digno de proteção penal, o que justifica a criminalização inclusive do auto-aborto, do aborto consentido e do aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante. Não obstante, sob certas circunstâncias, quando há um conflito entre a vida do embrião ou do feto e determinados interesses da mãe, aquela deve ceder em favor destes últimos. Em síntese, parte-se de um esquema de regra-exceção: a regra é a punição do aborto; a exceção, permitir o aborto em determinadas hipóteses expressamente previstas(indicações), além de eximentes comuns de responsabilidades disciplinadas pelo código penal.*

*De acordo com esse sistema, a vida do ser humano em formação não se encontra desprotegida em nenhuma de suas fases de desenvolvimento; a par disso, é possível atender certas necessidades ou interesses da mulher grávida (v.g, vida, saúde, liberdade, intimidade, etc...). É, portanto, uma ‘solução de compromisso’: apenas nas hipóteses (indicações, exceções) preestabelecidas pela lei, e de conformidade com os requisitos exigidos, poderá ser realizado o aborto, o que contribui para uma maior segurança jurídica (sabe-se exatamente quando esta permitido ou não) e para evitar o subjetivismo ou dúvidas na determinação de qual o interesse preponderante na situação concreta”.*<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> (Neste sentido, JESUS, Damásio E. de. Direito Penal – Parte Especial. 24a ed., São Paulo: Saraiva, 2001, 'p. 128 -129 e Marques, José Frederico – Tratado de Direito Penal, Vol. 2, Campinas, Editora. Millenium, 2002, p. 214).

Em nosso entender as elocubrações trazidas pelo emérito doutrinador, que foram *supra* colacionadas, traduzem a forma harmônica pela qual devemos pautar nosso estudo sobre o aborto e suas excludentes, tentando ter uma visão ampla e sistêmica da questão.

Ao delimitar o campo do subjetivismo pela enunciação das hipóteses permissivas, o legislador penal expressou a dimensão da importância que o direito a vida possui frente ao direito penal, lembrando que este é regulamentado por ele desde seu princípio (pela vedação ao aborto) até o momento de seu derradeiro fim (seja pelo homicídio ou por qualquer crime dos dispositivos ínsitos nos Títulos I a VII da parte especial do código penal que se preocupam em delimitar limites para que o Estado comece a atuar no caso concreto, mediando as relações inter pessoais de seus cidadãos), cuidando, ainda, da “memória residual humana” ao tratar dos crimes contra o respeito aos mortos (pela vedação ao vilipêndio de cadáver ou cinzas, por exemplo).

Seguindo este ensejo, cumpre observarmos que as indicações, ou exceções, costumeiramente mais aceitas pelas diversas legislações sobre o tema apresentam como suas hipóteses permissivas: o aborto terapêutico; sentimental; eugnésico e o econômico-social, dentre os quais o legislador do código penal brasileiro adotou, tão somente, as hipóteses de aborto terapêutico e sentimental, as quais trataremos a seguir.

### **3.2.1. O Aborto Necessário ou Terapêutico.**

O aborto terapêutico consiste na intervenção cirúrgica, praticada por médico habilitado, com o escopo de salvar a vida da gestante e é tratado no inciso primeiro do artigo 128 do código penal que, em sua epígrafe lhe atribui a nomenclatura de Aborto Necessário fazendo clara menção ao estado de necessidade, fundamento basilar que justifica a interrupção da gestação neste caso específico de aborto legalmente permitido, conforme leciona Galdino Siqueira ao asseverar que: “*a impunibilidade do aborto, quando necessário, vem de longa data, desde tempos medievos, discutindo-se se era caso de legítima defesa ou de estado de necessidade. A justificativa de legítima defesa, desde logo encontrava*

---

<sup>96</sup> (Prado, Luiz Régis – Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte especial, Vol.2, 7ª edição, ED. Revista dos Tribunais, 2008, p. 114).

*impugnação séria, a ausência de requisito essencial da agressão injusta, inadmissível por parte do feto. O estado de necessidade é o que poderia, sem forçar fatos, fundamentar a impunidade”.*<sup>97</sup>

Esta modalidade de aborto permitido fundamenta-se no estado de necessidade traduzido da letra ínsita do inciso primeiro, do artigo 128 do código penal, que aduz não ser punível o aborto “*se não há outro meio de salvar a vida da gestante*”<sup>98</sup>. Consiste em estado de necessidade porque a conduta do médico visa resguardar e proteger a vida da gestante de sacrifício o qual não se é razoável exigir dadas às circunstâncias. Nos termos deste dispositivo, conforme aduz Luiz Régis Prado, “*o mal causado (morte do produto da concepção) é menor do que aquele que se pretende evitar. E essa assertiva resulta da própria valoração feita pelo Código Penal brasileiro, que confere maior valor à vida humana extra-uterina que à intra-uterina*”. Lição esta que se depreende de uma breve análise dos dispositivos legais que tratam do homicídio simples, ao qual o legislador penal comina pena de reclusão, de seis a vinte anos(*caput* do artigo 121), e do aborto sem consentimento da gestante, espécie mais gravosa de aborto prevista no código penal, a qual se comina a pena de reclusão, de três a dez anos. Assim, é correto dizer que não se trata de conflito entre bens jurídicos igualmente sopesados pelo Direito Penal.

Segundo se depreende das lições de Cezar Roberto Bitencourt e José Frederico Marques, o aborto terapêutico exigirá duas condições *sine qua non* como requisitos simultâneos à sua ocorrência: I) perigo de vida da gestante; II) inexistência de outro meio apto para salva-lá. (neste sentido).<sup>99</sup>

Por perigo de vida para gestante devemos entender qualquer patologia que implique em risco iminente de à vida da gestante sendo, portanto, insuficiente o risco mediato (que *pode vir a se conjugar* no caso concreto) e o perigo à saúde que não resulte potencialmente na morte da gestante, não se justificando o aborto terapêutico para evitar mero dano a saúde da gestante ou para evitar a desonra pessoal ou familiar.<sup>100</sup> Nesse sentido podemos realizar, novamente, uma análise sistemática dos dispositivos os quais se busca relativizar, no caso em tela, seriam os casos do artigo 129 (lesão corporal ou à saúde de

<sup>97</sup> (Siqueira, Galdino – Tratado de Direito Penal, Parte especial, Tomo III, Ed. José Konfino, 1947, p. 120).

<sup>98</sup> (código penal, , inciso I artigo 128).

<sup>99</sup> Bitencourt, Cezar Roberto – Tratado de Direito Penal, Vol. 2, Ed. Saraiva, 2006, 5ª ed., p. 169-170 e Marques, José Frederico – Tratado de Direito Penal, Vol. 2, Campinas, Editora. Millenium, 2002, p. 217).

<sup>100</sup> (Nesse sentido, Bitencourt, Cezar Roberto – Tratado de Direito Penal, Vol. 2, Ed. Saraiva, 2006, 5ª ed., p. 169).

outrem, *in casu*, à saúde da gestante), cuja pena cominada seria de detenção, de três meses a um ano, e o aborto cuja menor pena, na hipótese de auto-aborto e que não condiz com a situação proposta, será de detenção um a três anos.

Podemos observar, que neste caso, o direito penal confere mais valor à vida intra-uterina do que à lesão que não importe em risco de maior gravidade à vida da mãe, perfazendo, assim, um contraponto entre o direito à vida do produto da concepção em face do direito à saúde da mãe. Data vênia, se a lesão importasse em risco de vida, uma materialização mais gravosa, cabe lembrar que estaria justificado o aborto terapêutico.

A segunda condição apresentada diz razão à impossibilidade de se salvar a vida da gestante mediante o uso de outro meio que não o aborto e constitui, pois, uma providência cuja responsabilidade, acerca da tomada de decisão, incumbe exclusivamente ao *médico*<sup>101</sup>, por se tratar de profissional habilitado para pronunciar-se sobre a necessidade e o cabimento do aborto no caso concreto. Neste diapasão a condição em comento traduz a harmonia que deve reger o sistema penal brasileiro, traduzida, *in casu*, ao delimitar o esgotamento das vias possíveis antes que se proceda a interrupção da gravidez que, *lato sensu*, aflige diretamente um bem jurídico de importância relevante para esse sistema e, ainda que, em sentido estrito, exista a excludente de antijuridicidade esta deve ser tida como via excepta, pois conforme dissemos anteriormente, a regra é a punição do aborto.

Conforme aduzimos anteriormente, o aborto terapêutico consiste em intervenção da gravidez por médico habilitado com o objetivo de salvar a vida da gestante. O próprio *caput* do artigo 128 é taxativo ao determinar que “*não se pune o aborto praticado por médico...*”, porém ao analisarmos as situações de fato, podemos concluir que, decorrente da hipossuficiência do sistema de saúde brasileiro, poderão ocorrer situações em que o aborto poderá vir a ser praticado por enfermeira ou terceiro em vista da grande falta de profissionais médicos na área de saúde. Nesta hipótese, se estivermos tratando de caso de aborto necessário em que não haja médico habilitado à disposição e já houver ocorrido o esgotamento das vias cabíveis, não será punida a enfermeira que provocar o aborto para salvar a gestante. Observamos que não se trata da hipótese prevista no inciso primeiro, artigo 128 do código, posto que, em atenção ao princípio penal da taxatividade, nela só se admite o aborto praticado por médico. *In casu*, a enfermeira será favorecida pela circunstância de haver se configurado

---

<sup>101</sup> Neste sentido, Noronha, E. Magalhães – Direito Penal, Vol. 2, 1986, ed. Saraiva, 21ª edição, p.60.

estado de necessidade de terceiro previsto no artigo 24 do código penal e que exclui a ilicitude do fato.<sup>102</sup>

No que concerne ao consentimento da gestante, entende a melhor doutrina, que ele é dispensável visto que pode ser encarado como uma condição incompatível com o estado de necessidade, que denota urgência e iminência de lesão ou perigo.

Nélson Hungria, em seus comentários sobre o código penal, afirma que a licitude do aborto necessário não depende do consentimento da gestante ou de sua família, a um porque a gestante, muitas vezes não se encontra em condições de prestar este consentimento ou poderia vir a desejar sacrificar sua vida em detrimento da vida em potencial que gera dentro de si podendo ensejar, inclusive, a perda de ambas as vidas. A dois porque marido e os parentes poderiam, movidos por interesses particulares, escolher pela morte da mãe ou do filho segundo aquilo que lhes fosse mais conveniente, conforme o caso, podendo, por exemplo, ter por escopo, obter vantagem sucessória. Além desses argumentos aponta, ainda, que o lapso temporal despendido a fim de obter o consentimento poderia resultar em desperdício de tempo precioso para a melhoria do quadro clínico da gestante. Segundo leciona, *“a intervenção arbitrária do médico, na espécie, se não estivesse implícita no artigo 128, estaria reconhecida no artigo 146, parágrafo terceiro, que declara não constituir constrangimento ilegal ‘a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida’”*.<sup>103</sup> Nessa mesma linha temos a posição de Cezar Roberto Bitencourt que sustenta que: *“o aborto necessário pode ser praticado mesmo contra a vontade da mãe”* e que a intervenção médico-cirúrgica é permitida pelo disposto nos artigos 128, inciso primeiro (aborto necessário) e 146, parágrafo terceiro (intervenção médico-cirúrgica justificada pelo iminente perigo de vida). Complementa, ainda, aduzindo que o médico, por ser garantidor, não pode deixar perecer a vida da gestante e, por esta razão, agirá em estrito cumprimento de seu dever legal nos termos do artigo 23 do código penal, na primeira parte de seu inciso terceiro.<sup>104</sup>

Magalhães Noronha segue na mesma linha apontando, ainda, que a intervenção do médico independe do consentimento da gestante ou de seu esposo e familiares (que no caso

<sup>102</sup> Neste sentido, Damásio E. – Direito Penal - Parte Especial do Código Penal, 2001, p. 129 e Prado, Luiz Régis – Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte especial, Vol.2, 7ª edição, ED. Revista dos Tribunais, 2008, p. 116.

<sup>103</sup> Neste sentido Hungria, Nelson e Fragoso, Heleno Cláudio – Comentários ao Código Penal – Vol. 5, Ed. Forense, 1981, 6ª edição p.311-312.

<sup>104</sup> Bitencourt, Cezar Roberto – Tratado de Direito Penal, Vol. 2, Ed. Saraiva, 2006, 5ª ed., p. 169-170.



seriam seus representantes legais) visto que “*não podem ser árbitros nesse conflito entre duas vidas que lhes são estranhas*”. Neste entendimento ele coloca o médico na posição de arbitro afirmando que sua decisão estará amparado pela permissão expressa no dispositivo legal.<sup>105</sup>

Cumpramos, ainda, Heleno Cláudio Fragoso que leciona que algumas codificações de outros países (como no artigo 86 do código penal de la nacion argentina, por exemplo) exigem o consentimento da gestante para que seja realizado o aborto terapêutico, o que outorga a mãe o direito de optar entre a própria vida ou a do filho por nascer. Entretanto, o código penal brasileiro atribuiu maior valor a vida da gestante não exigindo esse requisito cuja dispensa se fundamenta somente nos casos de perigo iminente de vida.<sup>106</sup>

A *contrario sensu* temos a posição de José Frederico Marques, que entende que o fato de o legislador não ter inserido formalmente o consentimento da gestante na letra do dispositivo que trata do aborto necessário, não implica em dizer que a ausência de vedação expressa importa em conduta indeclinável no que concerne a esta espécie de aborto legal, pois, o legislador também não se pronunciou taxativamente neste sentido. Entende, ainda, que o médico que provocar o aborto terapêutico em face da recusa expressa da gestante, incorrerá na prática de aborto não consentido e não poderá eximir-se das penas do artigo 125 do código penal. Neste sentir, pontua que não se pode arguir a exclusão de ilicitude de que trata o artigo 146, parágrafo terceiro, em seu inciso primeiro, por se tratar de excludente da ilicitude do constrangimento ilegal e não de aborto necessário. Marques apresenta como justificativa para se raciocínio a assertiva de que “*não cabe ao médico resolver qual das existências deve ser preservada, quando a pessoa cuja vida se quer manter prefere colocar em primeiro plano a do filho que deve gerar*”.<sup>107</sup>

Ante estas elocubrações, que colacionamos acima, podemos apontar que o em atenção ao princípio da taxatividade, a lei penal deve ser clara e precisa, de forma que o destinatário da lei possa compreender seu conteúdo, sendo vedada, portanto, com base em tal princípio, a criação de tipos que contenham conceitos vagos ou imprecisos. A lei deve ser, por isso mesmo, taxativa. Assim acreditamos que, ao não expressar formalmente a necessidade de anuência, o legislador exerceu um juízo de valor, considerando que no caso do aborto

<sup>105</sup> Neste sentido, Noronha, E. Magalhães – Direito Penal, Vol. 2, 1986, ed. Saraiva, 21ª edição, p.60.

<sup>106</sup> Nesse sentido, Heleno Cláudio – Lições de Direito Penal (Parte Especial - Arts. 121 à 212 do CP), Ed. Forense, 1983, 7ª Edição, p. 122.

<sup>107</sup> Marques, José Frederico – Tratado de Direito Penal, Vol. 2, Campinas, Editora. Millenium, 2002, p. 216-217.

necessário, ao sopesar os bens jurídicos em afrontamento concluiu que a vida extra-uterina deveria ser protegida mesmo que assim se traga a termino à vida intra-uterina.

No que concerne à afirmação de que não se poderia argüir a hipótese de exclusão de que trata o artigo 146, no parágrafo terceiro em seu inciso primeiro, salientamos que, ao nosso saber, não merece prosperar tal assertiva, pois, a conduta de provocar aborto necessário não consiste em fato típico, haja vista a sua antijuridicidade.

Na hipótese em que um médico, não havendo outros meios possíveis para salvar a vida de uma gestante, provoca aborto agindo contra a vontade desta, poderemos aventar que a única conduta típica que pode ser apontada, *in casu*, seria o constrangimento ilegal, porém, este seria descartado por se tratar de intervenção médico-cirúrgica justificada pelo perigo iminente de vida. Não se trata de exclusão destinada ao aborto porque a conduta presente neste não é típica. Ainda que o agente não fosse médico habilitado não lhe seria imputada pena se agisse com o escopo de salvar a vida da gestante de risco iminente, pois, assim sendo, estaria configurado estado de necessidade podendo o agente praticar o fato para salvar direito próprio ou alheio de perigo iminente, ilidindo sua conduta em causa excludente de ilicitude, de que trata o artigo 24 do código penal como já tratamos anteriormente.

Ante o exposto podemos concluir que o legislador não se preocupou em incluir o consentimento da gestante no enunciado do aborto necessário, pois, o fundamento basilar desta espécie de aborto legal é o estado de necessidade e, assim sendo, não há como se falar em ilicitude no agir de quem adere a esta conduta visto que, presumir-se-á, que estará agindo sob os auspícios desta excludente de ilicitude.

### **3.2.2. Aborto Humanitário ou Sentimental.**

O aborto humanitário ou sentimental é aquele que objetiva provocar a interrupção da gravidez resultante do crime de estupro sofrido pela gestante mediante seu expresso consentimento e é tratado no artigo 128, inciso segundo, do nosso código penal, que diz: “*não se pune o aborto praticado por médico: II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é procedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal*”.

Analisando a forma do tipo penal podemos perceber que serão necessários dois requisitos para que possa ser autorizado aborto nesta modalidade: I) a gravidez deve resultar de estupro; II) é necessário prévio consentimento da gestante ou, sendo incapaz, de seu representante legal.

Acerca desses requisitos, leciona Cezar Roberto Bitencourt: “*a prova tanto da ocorrência do estupro quanto do consentimento da gestante deve ser cabal*”.<sup>108</sup> O que significa dizer que a vítima deverá apresentar elementos sérios e suficientes para comprovar a materialização do estupro sofrido, o que pode ser feito mediante apresentação de boletim de ocorrência, prova testemunhal ou, segundo Magalhães Noronha, “*por todos os meios admissíveis em direito*”.

Observamos ser desnecessária a existência de sentença condenatória do estupro ou expressa autorização judicial para proceder à realização da interrupção da gravidez que decorre de estupro. Além de tal restrição não figurar no dispositivo em comento podemos asseverar que o tempo despendido poderia resultar em risco para a gestante quando viesse a fazer o procedimento e, caso fosse necessária uma sentença condenatória transitada em julgado, em face da demora do judiciário, a medida seria completamente ineficaz, pois o filho nasceria antes de a mãe dispor da decisão em seu favor permitindo a interrupção da gestação.<sup>109</sup>

No que concerne ao consentimento da gestante é correto afirmar que, assim como a comprovação do estupro, esta será uma circunstância fundamental para que se conjugue a adequação típica nesta hipótese de aborto legal.

Segundo Luiz Régis Prado essa espécie de aborto importa em: “*reconhecimento claro do direito da mulher a uma maternidade consciente*”. Razão, esta, pela qual se exige o consentimento da gestante que poderá resultar em autêntico fundamento para a forma eximente da conduta, pois o direito de agir do médico só ira surgir após estar presente o consentimento da gestante, uma vez que “*o tratamento médico implica ingerência em bens jurídicos do paciente, ingerência que só se justifica se o próprio lesado – ou seu representante legal – o autorizam*”. Tais colocações não importam em dizer que a exclusão da antijuridicidade da conduta ocorrerá em razão do consentimento da gestante, ou por ele será justificado. O consentimento será fundamental para que a conduta se adeque no

<sup>108</sup> Bitencourt, Cezar Roberto – Tratado de Direito Penal, Vol. 2, Ed. Saraiva, 2006, 5ª ed., p. 170.

<sup>109</sup> Nesse sentido, Bitencourt, Cezar Roberto – Tratado de Direito Penal, Vol. 2, Ed. Saraiva, 2006, 5ª ed., p. 170, Noronha, E. Magalhães – Direito Penal, Vol. 2, 1986, ed. Saraiva, 21ª edição, p.61 e Prado, Luiz Régis – Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte especial, Vol. 2, 7ª edição, ED. Revista dos Tribunais, 2008, p. 116-117.

dispositivo em comento, pois sem ele, incorreríamos em aborto provocado por terceiro sem consentimento da gestante e não em hipótese de aborto legal.

No aborto sentimental ou humanitário, conforme o exemplo dado por Luiz Régis Prado ao falar sobre o sistema das indicações adotado pelo código penal, que já citamos neste trabalho, teremos que: *“o mal causado é maior do que aquele que se pretende evitar. De conformidade com a teoria diferenciadora em matéria de estado de necessidade – que faz distinção entre os bens em confronto -, haverá a exclusão da culpabilidade da conduta pela inexigibilidade de conduta diversa. O fundamento da indicação ética reside no conflito de interesses que se origina entre a vida do feto e a liberdade da mãe, especialmente as cargas emocionais e sociais que derivam da gravidez e da maternidade, de modo que não lhe é exigível outro comportamento”*.<sup>110</sup>

Neste diapasão, entendeu o legislador do código que seria desumano constranger uma mulher que já sofreu com a violência físico-psíquica de sofrer um estupro, a suportar também uma gravidez que é resultante daquela violência. Neste entender Heleno Cláudio Fragoso, citando *Manzini*, aduz que este ônus não pode ser imposto a gestante: *“mesmo porque a ordem jurídica não pode se opor à remoção das conseqüências imediatas e iminentes de um crime. Entende o grande penalista que o aborto pode ser em tal caso justificado pelo estado de necessidade, reconhecendo o perigo de grave dano à pessoa, em face das conseqüências morais, familiares e sociais do aborto”*. Faz uma ressalva, entretanto, dizendo que não se deve confundir o aborto sentimental com o eugênico, social ou econômico, que serão sempre considerados como criminosos em nosso ordenamento pátrio.<sup>111</sup>

No que concerne a esta modalidade de aborto, cumpre observarmos a crítica feita por José Frederico Marques ao enaltecer que a interrupção da gestação na hipótese do referido dispositivo fere a inviolabilidade da vida humana desde o seu *“alvorecer”*, ferindo também o princípio da isonomia na medida que passa a diferenciar o produto da concepção em vista da natureza da conjunção carnal que o gerou. Neste sentido questiona que o produto da concepção não teria “culpa” de resultar de uma conduta criminosa não podendo sofrer tamanha constrição a sua existência por uma medida a que não deu causa.<sup>112</sup>

---

<sup>110</sup> Prado, Luiz Régis – Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte especial, Vol.2, 7ª edição, ED. Revista dos Tribunais, 2008, p. 116-117.

<sup>111</sup> Heleno Cláudio – Lições de Direito Penal (Parte Especial - Arts. 121 à 212 do CP), Ed. Forense, 1983, 7ª Edição, p. 123.

<sup>112</sup> Marques, José Frederico – Tratado de Direito Penal, Vol. 2, Campinas, Editora. Millenium, 2002, p. 220.

Nelson Hungria, em seus comentários ao código penal, relata que alguns doutrinadores se manifestaram contrários ao conteúdo do dispositivo legal em razão da falta de legitimidade do aborto no caso em comento, conforme a seguir colacionamos *ipsis literis*: “*Oekter, Radbruch e Lang, entre outros, impugnaram a autorização legal: a origem criminosa de uma vida não pode legitimar, do ponto de vista ético, seu aniquilamento, cabendo ao Estado cuidar dos filhos cuja criação não pode ser imposta à mulher*”.<sup>113</sup> Nesse mesmo entendimento, Galdino Siqueira aponta que a discussão acerca da legitimidade do aborto em caso de estupro provocou um amplo debate durante o período após a primeira grande guerra (1914-1918), em razão do grande número de mulheres violentadas pelos invasores alemães, e que a arguição acerca de haver ou não legitimidade apresentava como principais argumentos à inviolabilidade da vida em contraponto com a dimensão do trauma sofrido pelas gestantes a fim de decidir se a conduta devia ou não constituir crime. Assevera, ao final, que a posição preponderante acabou sendo a da não incriminação que *a posteriori* veio a ser inserida no código penal brasileiro de 1940.<sup>114</sup>

Nos parece que, uma vez mais, o legislador resolveu fazer uso de sua valoração a fim de fazer valer uma regra de equilíbrio entre os bens jurídicos sopesados, razão pela qual a posição de Luiz Régis Prado nos parece mais correta. De fato a constrição sofrida pelo produto da concepção, de um ponto de vista filosófico, poderá parecer demasiado injusta se considerarmos que enquanto conjuga ser uma pessoa em formação este teria resguardado o direito à inviolabilidade de sua vida (desde a concepção), porém, como dissemos anteriormente, em certas ocasiões o legislador irá dar maior valor à vida extra-uterina em detrimento da intra-uterina e, o prosseguimento da gravidez a que não deu causa e que resulta de violência físico-psíquica (ou meramente psíquica da qual adiante trataremos) importará em gravame ao qual não se pode obrigar a mãe. Observamos, entretanto, que nada impede a gestante de querer levar a diante a gravidez ou, ainda, que decida dar para a adoção o filho resultante do estupro sofrido. Temos por certo que a decisão, em si, deve competir única e exclusivamente à gestante que será a única pessoa capaz de mensurar se o esforço necessário vale ou não o sacrifício.

Conforme aduzimos anteriormente o consentimento da gestante é elemento fundamental a adequação típica da conduta e nesse sentido torna importante salientarmos a

---

<sup>113</sup> Hungria, Nelson e Fragoso, Heleno Cláudio – Comentários ao Código Penal – Vol. 5, Ed. Forense, 1981, 6ª edição p.312.

<sup>114</sup> Siqueira, Galdino – Tratado de Direito Penal, Parte especial, Tomo III, Ed. José Konfino, 1947, p. 126-125.

hipótese de a gestante ilidir o médico a erro a fim de que este provoque a interrupção da gravidez por ela desejada. Conforme leciona Magalhães Noronha: “caso, entretanto, não tenha havido realmente estupro, apesar das aparências em contrario, a boa fé do médico o isenta de culpa, respondendo a mulher pelo delito do artigo 124, 2ª parte”.<sup>115</sup>

O aborto sentimental, como já dissemos anteriormente, é aquele que tem por escopo provocar a interrupção da gravidez resultante de estupro, entretanto, segundo leciona Cezar Roberto Bittencourt, a permissão legal concedida nesta hipótese se limita a referir-se ao crime de estupro (artigo 213), sem se preocupar em adjetivá-lo. Ocorre que é sabido existirem duas formas de violência elementares neste tipo penal, a real e a ficta (artigo 224). Posto que o legislador não impôs qualquer restrição visando limitar à excludente, não poderá o intérprete da lei fazê-lo, especialmente tendo por objetivo criminalizar a conduta do médico. Com efeito, se assim se procedesse estaríamos diante de um caso de interpretação extensiva *contra leges*, ou seja, *in malam partem*. O que seria vedado pelo direito penal.<sup>116</sup>

A violência ficta, ou presumida, é tratada no artigo 224 do código penal que aduz: “*presume-se a violência, se a vítima: a) não for maior de catorze anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstancia; c) não pode, por qualquer causa, oferecer resistência*”. Caracteriza-se, portanto, por ser uma presunção de violência em razão das circunstancias específicas que permeiam sobre a vítima.

Nelson Hungria considera que nos caso em que se configura a violência ficta, ou presumida, a própria gravidez constitui, via de regra, a prova evidente do estupro.<sup>117</sup> Seguindo a mesma linha de raciocínio, Luiz Prado Régis coloca como condição, para esses casos, que se apresente prova da menoridade da vítima ou de sua alienação ou debilidade.<sup>118</sup> Por fim para concluir a questão desta modalidade de violência e seus reflexos no crime de aborto colacionamos a decisão proferida no voto dos embargos de divergência [EREsp 666.474-MG](#), pelo Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 10/9/2008, que decidiu pela procedencia destes, nos seguintes termos: “*Cuida-se de embargos de divergência contra o acórdão da Sexta Turma que entendeu ser relativa a presunção de violência contida no art.*

<sup>115</sup> Noronha, E. Magalhães – Direito Penal, Vol. 2, 1986, ed. Saraiva, 21ª edição, p.61.

<sup>116</sup> Nesse sentido, Bitencourt, Cezar Roberto – Tratado de Direito Penal, Vol. 2, Ed. Saraiva, 2006, 5ª ed., p. 170-171.

<sup>117</sup> Hungria, Nelson e Fragoso, Heleno Cláudio – Comentários ao Código Penal – Vol. 5, Ed. Forense, 1981, 6ª edição p.313.

<sup>118</sup> Prado, Luiz Régis – Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte especial, Vol.2, 7ª edição, ED. Revista dos Tribunais, 2008, p. 117.

224, a do CP (menor de 14 anos), sendo, portanto, passível de prova em contrário. O embargado cita como paradigma acórdão da Quinta Turma deste Tribunal que concluiu ser a violência ficta uma presunção absoluta. O Min. Relator esclareceu que o citado artigo prevê algumas circunstâncias, entre as quais está inserido ser a vítima menor de 14 anos, em que, ainda que não haja efetiva violência física ou real, será ela presumida diante da indubitosa restrição da capacidade volitiva da vítima de se posicionar em relação aos fatos de natureza sexual. Estando tal proteção apoiada na innocentia consilii da vítima, que não pode ser entendida como mera ausência de conhecimento do ato sexual em si, mas sim como falta de maturidade psico-ética de lidar com a vida sexual e suas conseqüências, eventual consentimento, ainda que existente, é desprovido de qualquer valor, possuindo a referida presunção caráter absoluto". Nestes termos podemos concluir que nos casos em que haja violência ficta, ou seja, quando for a vítima menor de 14 anos ou alienada ou débil mental, o simples fato de estar grávida importara em prova razoável e suficiente para que se proceda com a interrupção da gravidez.

Para fechar esta parte do estudo podemos apontar que o Código Penal brasileiro só anui expressamente com o aborto, nos casos de estupro, mas é pacífico o entendimento jurisprudencial que por analogia, *in bonam partem*, estendem a anuência ao aborto também aos casos de crimes contra a liberdade sexual cometidos com uso de violência ou grave ameaça, por entenderem que seria injusto punir o médico pelo crime de aborto ou simplesmente desautorizá-lo em vista de uma limitação, técnico-dogmática, sobre crimes cujo resultado é tão indigno e repugnante para a gestante quanto o estupro, sob o prisma do trauma físico-psíquico ao qual ela acaba sujeitada.<sup>119</sup> Todavia, cabe ressaltar, que não haverá aborto sentimental tendo em vista o crime de sedução, pois, nestes casos, obviamente, não ocorre o uso de violência nem de grave ameaça, não havendo semelhanças com os demais crimes contra a liberdade sexual.

### 3.3. O Direito a Vida e o Crime de Aborto.

Neste item, trataremos da problemática do direito a vida em contraposição ao aborto, atentando, inicialmente, para a forma como o direito a vida é tratado pelo ordenamento

<sup>119</sup> Neste sentido Bitencourt, Cezar Roberto – Tratado de Direito Penal, Vol. 2, Ed. Saraiva, 2006, 5ª ed., p. 170.

brasileiro para *a posteriori* tecer uma crítica ao posicionamento em favor da descriminalização do crime de aborto observando seus principais argumentos e fundamentos.

### 3.3.1. O Início da Vida Face o Ordenamento Vigente.

No plano jurídico não existe qualquer dissenso doutrinário de que uma sociedade sólida está alicerçada no reconhecimento e na tutela do direito à vida como condição para o exercício de qualquer outro direito fundamental, e, nesse sentido, podemos perceber a forma como a teoria da concepção permeia no ordenamento brasileiro ao fazermos uma breve análise de algumas legislações vigentes no país como, por exemplo, a lei 8.069/90 (estatuto da criança e do adolescente) que em seu artigo 7º estabelece que: “*a criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais e públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência*”.

A proteção do direito à vida da criança e do adolescente implicaria em mera repetição do preceito constitucional explícito no artigo 5º, *caput*, porém a legislação em comento inova ao falar em efetivação de políticas “*que permitam o nascimento sadio e harmonioso*”. Podemos perceber que o objeto da tutela jurídica, *in casu*, será o próprio produto da concepção, sendo resguardado o seu desenvolvimento.<sup>120</sup>

Podemos, ainda, fazer referência ao artigo 2º do Código Civil de 2002, segundo o qual: “*A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”. O Código Civil buscou resguardar os direitos do nascituro, o que denota que, apesar de ainda não elevá-lo a condição de pessoa, o legislador entendeu que se deveriam resguardar direitos em suspensão, a fim de que estes se consumassem com o nascimento deste ente que é considerado como *spes personae* (expectativa de pessoa ou ser humano em formação) para o direito civil.<sup>121</sup>

---

<sup>120</sup> Nesse sentido Tavares, André Ramos – Curso de Direito Constitucional, Editora Saraiva, 2007, 5ª ed., p. 501-502.

<sup>121</sup> Nesse sentido Tavares, André Ramos – Curso de Direito Constitucional, Editora Saraiva, 2007, 5ª ed., p. 501-502.



Observamos que, em ambas as situações supra mencionadas, podemos concluir que o legislador busca tutelar o desenvolvimento embrionário, resguardando-lhe direitos e admitindo que se trata de vida propriamente dita, mas de um valor que, tal qual a vida, merece receber a tutela do direito.<sup>122</sup>

Por fim, na seara do direito penal, conforme já apontamos anteriormente, a interrupção da gravidez é tratada entre os artigos 124 e 128 do Código Penal que defende o direito à vida ao criminalizar a interrupção da gravidez desde o momento da nidação, que se dá a partir do momento em que o óvulo fecundado se fixa no útero materno.

### **3.3.2. Crítica a Descriminalização.**

O aborto é, atualmente, um tema controvertido e inspira diferentes reações no meio jurídico e social, nos quais permeiam, constantemente, discussões sobre a criminalização ou descriminalização do aborto ou de apenas alguns de seus dispositivos penais.

Na atualidade o aborto é incriminado em grande parte das legislações que tratam sobre o assunto em diversas partes do mundo. Porém, como leciona Luiz Regis Prado, existem vários argumentos utilizados com a finalidade de amparar a descriminalização deste tipo penal. O autor apresenta como principais, os seguintes: “*a) o feto é parte da mulher e esta pode dispor do produto da concepção; b) a vida do feto não é um bem jurídico individual, mas um interesse social a ser protegido em alguns casos; c) a pena não logra evitar as praticas abortivas; d) o aborto é uma lei de exceção endereçada às classes sociais mais pobres; e) é necessário proteger a vida e a saúde das numerosas mulheres que recorrem ao aborto clandestino*”.<sup>123</sup> Podemos observar que, somadas a estas hipóteses apresentadas pelo autor, também é comum ouvirmos o argumento de que o aborto deveria ser descriminalizado em razão de que o planejamento familiar (artigo 226, parágrafos 7º e 8º da constituição) é um direito constitucional do casal, devendo o Estado prestar assistência a fim de materializar este direito que concerne à saúde e a autonomia reprodutiva do casal.

---

<sup>122</sup> Nesse sentido Tavares, André Ramos – Curso de Direito Constitucional, Editora Saraiva, 2007, 5ª ed., p. 501-502.

<sup>123</sup> Prado, Luiz Régis – Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte especial, Vol.2, 7ª edição, ED. Revista dos Tribunais, 2008, p. 105.

No primeiro argumento supramencionado temos a assertiva de que o feto é parte do corpo da gestante e, por esta razão, ela poderia livremente dispor sobre o produto da concepção uma vez que se trata de seu próprio corpo. Segundo este entendimento, não haveria problema algum em a mulher optar pela interrupção da gravidez.

A visão do feto como parte integrante do corpo da mulher é uma visão retrógrada que nos remete aos primeiros momentos da Roma antiga, na qual, segundo leciona Luiz Regis Prado: “*o produto da concepção, longe de ser vislumbrado como titular do direito à vida, era tido como parte do corpo da gestante que, a seu turno, poderia dele livremente dispor (partus antequam edatur mulieris pars est vel viscerum)*”.<sup>124</sup>

Sobre esse argumento, podemos observar que, conforme tratamos anteriormente neste trabalho, o ordenamento jurídico nacional abraçou o direito à vida como um de seus fundamentos basilares, posicionando-se no sentido de que ela deve ser respeitada em sua completude e não fazendo qualquer diferenciação entre vida intra-uterina ou extra-uterina. Nestes termos, somos admoestados a respeitá-la desde o momento da fecundação até o seu término natural.

Ainda sob este prisma, cumpre observarmos que o bem jurídico que se busca tutelar no aborto é a vida do produto da concepção, ou seja, não se trata de uma parte integrante do corpo da gestante, mas de uma nova vida em processo de desenvolvimento intra-uterino, a qual merece receber proteção do direito penal a fim de que não seja abreviada em razão de um mero capricho.

O legislador penal tratou, inclusive, de especificar as hipóteses nas quais será permitido o aborto, tendo em vista a valoração especial dos casos que delimita, taxativamente, na forma do art. 128 do código penal. Observamos que é evidente que o escopo do legislador foi de valorizar a vida do produto da concepção, posto que o objeto da tutela é um bem jurídico de primeira grandeza para o ordenamento nacional não sendo razoável, que uma gestante tenha a possibilidade de interromper a gestação motivada por motivo que não seja de maior importância como nos casos de excludente de antijuridicidade, correndo-se o risco de banalização da conduta que se busca evitar.

---

<sup>124</sup> Prado, Luiz Régis – Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte especial, Vol.2, 7ª edição, ED. Revista dos Tribunais, 2008, p. 103.

A disposição sobre a vida humana em desenvolvimento não deve ser liberada a tal ponto que a gestante possa fazer uso do aborto como meio contraceptivo.

Conforme tratamos anteriormente, as hipóteses de que trata o artigo 128 do código penal podem ser consideradas razoáveis, pois trazem em seu bojo o exercício de um equilíbrio de valores exercido pelo legislador com a finalidade de sopesar direitos da gestante e do nascituro, conjugando-os em tamanha harmonia que um somente prepondere sobre o outro na medida em que for estritamente necessário no caso concreto.

Acerca do segundo argumento apresentado, de que a vida do feto não é um bem jurídico individual, mas um interesse social a ser protegido em alguns casos, será cabível reiterarmos o que acabamos de expor em relação ao argumento anterior complementando, apenas, que a constituição de 1988 tratou da questão do direito à vida, inserindo-o no título que trata dos direitos fundamentais e, mais especificamente, no capítulo que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos.

Não há dúvida de que a constituição considera que a vida seja um bem individual de cada cidadão e que deve ser garantido a todos os brasileiros na forma do artigo 5º, *caput*. Observamos, ainda, que ao abordarmos a definição de vida humana neste trabalho, tratamos da forma como a ciência do direito e sua doutrina interpretam o comando constitucional em comento, restando pacífico que se trata de um bem individual, sendo ainda uma condição necessária para que o indivíduo possa adquirir outros direitos que decorram da condição de estar vivo.

O terceiro argumento apresentado diz razão à pena não logra evitar as práticas abortivas e, neste ensejo, podemos observar que a pena cominada no tipo penal do aborto não pode ser considerada irrisória uma vez que a privação da liberdade do indivíduo constitui, para o direito, uma medida extrema que por si só deve ser suficiente para que se busque evitar a conduta defendida no tipo penal.

O que se busca com esse argumento é dizer que a pena é ineficaz, posto que o crime continua a se materializar na esfera social. Sob este prisma podemos salientar que a repetição da conduta que se busca vedar é o que a torna típica ao direito penal. Não podemos considerar o fato de a conduta se materializar venha a ser fator determinante da impunidade, nem causa suficiente para que se descriminalize uma conduta. Se o direito penal se importa em vedar a

ocorrência de determinado fato certamente o faz porque ele existe na esfera social e é tido como negativo.

Passando à diante, o quarto argumento apresentado trata do aborto como uma lei de exceção endereçada às classes sociais mais pobres.

Sobre este argumento, podemos apontar que, segundo pesquisa organizada pelas professoras Débora Diniz da UnB e Marilena Cordeiro Dias Villela Corrêa da Uerj, o perfil das gestantes que abortam no Brasil é formado por “*Predominantemente, mulheres entre 20 e 29 anos, em união estável, com até oito anos de estudo, trabalhadoras, católicas, com pelo menos um filho e usuárias de métodos contraceptivos, as quais abortam com misoprostol*”.<sup>125</sup>

O estudo supracitado desmistifica, em parte, a idéia de que o de que o aborto é tido como uma solução para a gravidez indesejada para mulheres com baixo nível de instrução e que pratiquem relações sexuais ocasionalmente. A pesquisa aponta que a maior parte das gestantes que procura a interrupção da gravidez são pessoas em relação conjugal (união estável ou casadas) que se encontram em idade laborativa, percebendo até três salários mínimos e que no que concerne a primeira gestação, o fator econômico realmente faz diferença visto que quanto maior a renda e a escolaridade, maiores as chances de a primeira gravidez resultar em aborto.<sup>126</sup>

Neste diapasão somos obrigados a concordar que o acesso ao aborto constitui verdadeiramente uma exceção as gestantes de mais baixa renda, até mesmo em vista de a ilegalidade da conduta implicar em majoração do valor cobrado para que se realize o procedimento, em virtude dos riscos que o agente da conduta se expõe e por este, obviamente, não desejar ser preso.

Nesse sentido, o valor cobrado para a realização do procedimento vai ser um delimitador que excepcionará as gestantes com menor disposição de renda da prática da conduta delituosa.

Entretanto, convém observarmos que, em nosso ordenamento jurídico, o aborto não configura prática lícita que possa ensejar um direito, afigurando-se, na “*melhor*” das hipóteses, como causa excepcional em que o estado autoriza à interrupção da gravidez em

<sup>125</sup> [http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/aborto\\_e\\_saude\\_publica\\_vs\\_preliminar.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/aborto_e_saude_publica_vs_preliminar.pdf), p. 11, em consulta realizada em 08/10/2008.

<sup>126</sup> Nesse sentido Aborto e Saúde Pública - 20 Anos de Pesquisas no Brasil, p. 12-16, retirado do site [http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/aborto\\_e\\_saude\\_publica\\_vs\\_preliminar.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/aborto_e_saude_publica_vs_preliminar.pdf), em consulta realizada em 08/10/2008.

casos específicos (artigo 128 e seus incisos) e por essa razão, não há como se falar no aborto como lei de exceção posto que a conduta não configura um direito e a imputabilidade do tipo não faz distinção entre gestantes de quaisquer classes sociais.

O quinto argumento versa sobre a necessidade protegermos a vida e a saúde das gestantes que recorrem ao aborto clandestino.

Nesse ponto, observamos que seria impossível refutar a importância de salvuardarmos a vida e a saúde materna. Entretanto, também não afigura-se razoável deixar completamente de lado a vida em formação no interior da gestante em toda e qualquer situação.

Conforme tratamos anteriormente no presente estudo, é preciso atentar ao princípio do interesse preponderante quanto ao uso do Direito Penal enquanto instrumento de proteção dos bens jurídicos, a fim de que possamos evitar uma sanção ilegítima que provoque danos maiores do que os que se busca evitar.<sup>127</sup> Sob este prisma podemos observar que a descriminalização não vai acabar com o problema do aborto no Brasil, ela simplesmente o deslocará da esfera penal para a da saúde pública, ao mesmo tempo em que criará uma situação, na qual, o direito fundamental a inviolabilidade da vida humana será sistematicamente constrangido no que concerne à vida intra-uterina, posto que o aborto deverá ser praticado em hospitais da rede pública.

Assim sendo a solução apresentada não teria o condão de solucionar o problema, até mesmo em vista da hipossuficiência do sistema público de saúde, de forma que a ofensa ao preceito constitucional perduraria então livre de qualquer constrição legal.

Nestes termos, consideramos que a legalização indiscriminada do aborto ensejaria no esvaziamento e na banalização da garantia constitucional da inviolabilidade da vida humana, no que concerne à vida intra-uterina. Resultando, conseqüentemente, no cerceamento à defesa da vida desde o momento de sua concepção, o que representaria uma lesão considerável a este princípio fundamental constitucional.

Ante o exposto, cabe ressaltarmos que este entendimento não resulta em um posicionamento diametralmente oposto a qualquer alteração que vise modernizar a lei no

---

<sup>127</sup> Nesse sentido Prado, Luiz Regis – Bem jurídico-penal e Constituição, editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2003, p. 101.

sentido de adequar o Código Penal à nossa época. Entendemos que ampliar o rol de excludentes de antijuridicidade, em atenção a novas problemáticas que não existiam à época da elaboração do Código Penal, em 1940, seria uma medida extremamente produtiva para o Direito Penal que poderia incorporar à lei a possibilidade de interrupção da gravidez nos casos em que inexistia possibilidade de vida extra-uterina após o parto, por exemplo.

Nosso dissenso à idéia da descriminalização diz razão, única e exclusivamente, a hipótese de liberação indiscriminada, posto que, ao nosso sentir, o entendimento do aborto como regra com as ressalvas das excludentes do artigo 128, conjugam, ao menos em tese, um bom equilíbrio legiferante no sentido de que a defesa à vida em todas as fases de sua evolução se encontraria devidamente garantida.

Ressaltamos, por fim, que o fato de o direito penal estender sua proteção sobre o a vida humana intra-uterina não resulta dizer que somente ele deverá se preocupar com a defesa desta. Assim sendo, nada impede que o aborto também seja objeto da esfera da saúde pública, como de fato deve ser, uma vez que, segundo o Ministério da Saúde, estima-se que ocorram entre 728.100 e 1.039.000 abortamentos a cada ano no Brasil, o que implicaria em 3,7 abortos para cada grupo de 100 mulheres em idade reprodutiva. O estudo apresentado pelo Ministério da Saúde aduz ainda que são realizadas cerca de 240 mil internações nos hospitais do SUS em consequência de práticas abortivas.<sup>128</sup>

Dessa forma entendemos que, ante a subsidiariedade do direito penal, é razoável esperar que exista um esforço conjunto no sentido de coibir as práticas abortivas, seja mediante campanhas sociais ou por quaisquer outros meios possíveis.

Por fim, trataremos da questão do aborto relacionado aos direitos sexuais reprodutivos do casal enquanto garantia constitucional elencada no artigo 226, parágrafos 7º e 8º da Constituição.

Em um primeiro momento cabe colacionarmos o conteúdo do artigo supracitado a fim de aclarar seu conteúdo, assim:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

---

<sup>128</sup> Nesse sentido, Magnitude do aborto no Brasil Aspectos Epidemiológicos e Sócio Culturais, p. 8-9, retirado do site [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/magnitude\\_aborto\\_brasil.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/magnitude_aborto_brasil.pdf), em consulta realizada em 23/10/2008.

“§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”

“§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Esses direitos incluem a decisão livre e responsável pelo número, espaçamento e momento de ter filhos, devendo o Estado propiciar informação e os meios educacionais e científicos para que o casal possa realizar o seu planejamento a contento.

No que concerne a este argumento podemos observar que a idéia de planejamento familiar transmite a idéia de uma preparação ou uma organização prévia de atos futuros da vida do casal, ou seja, em comum acordo as partes estatuem uma meta a qual se comprometem e tomam as medidas cabíveis nesse sentido.

Não há razão para se fazer uma crítica direta ao direito do praticar o planejamento familiar, que é uma garantia constitucional, observando-se, ainda, que o Brasil é signatário de dois tratados provenientes de convenções que reconhecem os direitos sexuais e reprodutivos fundamentais (Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento realizada no Cairo em 1994, e a 4ª Conferência Internacional sobre a Mulher de Beijing, em 1995).<sup>129</sup>

O que podemos observar no tocante a esse assunto é que a prática do aborto não pode ser utilizada para fins de planejamento familiar conforme vem ocorrendo, segundo estudos recentes das professoras Débora Diniz da UnB e Marilena Cordeiro Dias Villela Corrêa da Uerj, que atestam que cerca de 70% das gestantes que praticam aborto já possuem filhos, reforçando a tese de que o ato seria tomado como medida de planejamento reprodutivo utilizado em último caso, quando todos os demais métodos contraceptivos falharam.<sup>130</sup>

Como aduzimos anteriormente o planejamento familiar carrega uma idéia de preparação de atos futuros, não podendo o aborto figurar como alternativa razoável para os casos em ocorra um erro ou se configure falha no planejamento inicial dado a gravidade desta

<sup>129</sup> Nesse sentido Magnitude do aborto no Brasil Aspectos Epidemiológicos e Sócio Culturais, [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/magnitude\\_aborto\\_brasil.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/magnitude_aborto_brasil.pdf), p. 23, em consulta realizada em 23/10/2008.

<sup>130</sup> Nesse sentido Aborto e Saúde Pública - 20 Anos de Pesquisas no Brasil, p. 15-17, retirado do site [http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/aborto\\_e\\_saude\\_publica\\_vs\\_preliminar.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/aborto_e_saude_publica_vs_preliminar.pdf), em consulta realizada em 08/10/2008.

conduta. Podemos inclusive observar que, nesse sentido, o parágrafo 8.25 do Programa de Ação da Conferência do Cairo (tratado internacional ratificado pelo Brasil) é suficientemente claro, ao advertir que: “*Em nenhum caso o aborto deve ser promovido como método de planejamento familiar (...)*”.<sup>131</sup>

Podemos concluir que a discussão acerca da descriminalização do aborto é um tema demasiadamente complexo, razão pela qual se torna indispensável o exercício da ponderação dos bens jurídico-penais, a fim de que se possa alcançar uma análise mais aprofundada e livre de questões incidentais de menor relevância, como “*achismos*” ou visões meramente parciais de fundo religioso as quais sequer tratamos no presente trabalho, posto que são irrelevantes para o estudo do direito.

#### 4. CONCLUSÃO

Após a análise histórico-legal do aborto a que este trabalho se propôs, podemos concluir que o tema trata de matéria de maior relevância para o Direito Penal, posto que versa sobre a interrupção da vida humana em sua fase intra-uterina o que afronta a inviolabilidade da vida, bem jurídico-penal fundamental para a sociedade, uma vez que se constitui como condição necessária, fundamento e suporte de todos os demais direitos do homem. Neste diapasão observamos que, historicamente, o direito penal tem por escopo proteger o bom funcionamento dos sistemas sociais, exercendo uma importante ponderação de valores mais relevantes à sociedade partindo de uma visão que, *a priori*, busca funcionalizar os interesses gerais a partir do ponto de vista do indivíduo, deduzindo os bens jurídicos sociais e Estatais dos bens individuais, seguindo, assim, a teoria personalista do bem jurídico-penal. A vida, portanto, será sempre um bem jurídico fundamental ao direito penal, pois é condição fundamental para a existência da vida em sociedade<sup>132</sup>.

---

<sup>131</sup> Nesse sentido Magnitude do aborto no Brasil Aspectos Epidemiológicos e Sócio Culturais, [http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/magnitude\\_aborto\\_brasil.pdf](http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/magnitude_aborto_brasil.pdf), p. 23, em consulta realizada em 23/10/2008.

<sup>132</sup> Nesse sentido Hassemer e Winfred; Conde, Francisco Muñoz – Introduccion a la Criminologia y al Derecho Penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 105-109.



Da análise dos tipos penais do aborto presentes no Código Penal, podemos perceber a existência de uma lógica interna que tem fundamentos próprios muito bem estruturados e harmoniosos entre si e em relação à própria Constituição. Mostrando-se coerente tanto interna quanto externamente. A harmonia com a Constituição pode ser observada na teoria dos bens jurídico-penais, segundo a qual a Constituição é o parâmetro norteador indispensável para elencar o que poderá ser considerado suficientemente relevante para ser protegido pelo direito penal.

Neste sentido, podemos observar que o legislador penal demonstra fazer constante uso do balanceamento dos bens jurídico-penais, objetivando alcançar um ideal de justiça ao aplicar a tutela penal.

Atualmente podemos observar que há uma grande discussão acerca desse equilíbrio sistêmico do Código Penal, discutindo-se a necessidade de reforma dos dispositivos que tratam do aborto. A reforma consistiria na descriminalização total ou parcial do crime de aborto.

Diante de tudo que expusemos no presente estudo, podemos concluir que a discussão no sentido da descriminalização total do aborto seria uma opção muito radical, tendo em vista a coerência e o equilíbrio interno do dispositivo uma vez que o mesmo vai de encontro com a defesa de preceito constitucional de maior relevância. Sob este prisma devemos observar que a defesa da vida intra-uterina deveria ser considerada como de extrema relevância para o direito penal, visto que estamos tratando do estágio inicial da vida humana e em se tratando da tutela penal da vida humana estaremos sempre diante de um tema de maior relevância para a sociedade e, conseqüentemente, para o direito penal.

Por sua vez, no que concerne à reforma parcial no sentido de modernizar os dispositivos penais do aborto visando modernizar o Código Penal à nossa época, entendemos que ampliar o rol de excludentes de antijuridicidade, em atenção a novas problemáticas que não existiam à época da elaboração do Código Penal, em 1940, seria uma medida razoável no sentido de que poderíamos aproveitar a lógica interna do aludido diploma ampliando seu campo de atuação às modernizações e avanços da medicina que deflagraram o descompasso entre a lei e o caso concreto.

Em uma sociedade tão heterogênea como a qual estamos inseridos, a elaboração de uma lei que agrade a totalidade da população é uma idéia utópica, uma vez que o dissenso será inevitável face à dimensão sócio-cultural dos bens jurídicos que envolvem a questão do aborto. Observamos, ainda, que a valoração social é passiva de mudanças, portanto, a discussão acerca das normas que devem ser socialmente aceitas representa o exercício da liberdade de expressão conjugada na discussão de problemas sociais, o que será sempre benéfico em nosso Estado democrático de direito.

Podemos concluir que a questão do aborto no Brasil afigura-se como um ponto de grande dissenso em nosso meio social, sendo capaz de proporcionar inflamadas defesas tanto a favor de sua descriminalização como contra também em sentido contrário. Em ambos os casos, observamos que, geralmente, se tratam de posições motivadas por discursos emotivos, religiosos ou, até mesmo, autoritários. A discussão sob este prisma tende a lograr pouco êxito, deixando deflagrado, apenas, o fato de que não se trata de um ponto pacífico em nosso ordenamento social.

Ante o exposto, nos propusemos a fazer uma análise mais aprofundada do tipo penal em comento buscando entender a *ratio* do legislador e, assim, concluímos que o crime de aborto possui uma lógica interna e fundamentos razoáveis afigurando-se como um mecanismo de defesa de um bem jurídico que, como tratamos anteriormente, é de sumária importância à vida em sociedade. Por esta razão entendemos que o aborto não deve ser descriminalizado, devendo, apenas, ser modificado no sentido de atualizar este tipo penal que não pode ficar desvinculado do mundo externo e deve ser atualizado ante os avanços da área médica e de seus conseqüentes reflexos no meio social. Assim, entendemos que, no que concerne ao aborto, a regra deve ser a de coibir a prática desta conduta porém, em casos de relevante importância ao meio social poderemos excepcionar a regra a fim de salvaguardar bens jurídicos mais relevantes ao caso concreto.

## 5. BIBLIOGRAFIA:

Dicionário Jurídico da ABLJ, 2001

Mirabete, Julio F., 1991, São Paulo, Atlas,

Hungria, Nelson e Fragoso, Heleno Cláudio – Comentários ao Código Penal – Vol. 5, Ed. Forense, 1981, 6ª edição p.269

Siqueira, Galdino – Tratado de Direito Penal, Parte especial, Tomo III, Ed. José Konfino, 1947.

Prado, Luiz Régis – Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte especial, Vol.2, 7ª edição, ED. Revista dos Tribunais, 2008.

Prado, Luiz Regis – Bem jurídico-penal e Constituição, editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2003.

Dworkin, R. - Domínio da Vida, Aborto, Eutanásia e liberdades individuais, 2003.

De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, 1987.

Noronha, E. Magalhães – Direito Penal, Vol. 2, 1986, ed. Saraiva, 21ª edição.

Fragoso, Heleno Cláudio – Lições de Direito Penal (Parte Especial - Arts. 121 à 212 do CP), Ed. Forense, 1983, 7ª Edição.

Bitencourt, Cezar Roberto – Tratado de Direito Penal, Vol. 2, Ed. Saraiva, 2006, 5ª edição.

Damásio E. – Direito Penal (Parte Especial do Código Penal), 2001.

SALOMÃO, A. Abortamento espontâneo. In *Obstetrícia Básica*. Bussâmara Neme, 1994.

COSTA, S, OSELKA, G, GARRAFA, V. – Iniciação à bioética, 1998, Editado pelo Conselho Federal de Medicina.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal – Parte Geral*. 23a ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

Marques, José Frederico – *Tratado de Direito Penal*, Vol. 2, Campinas, Editora. Millenium, 2002.

Tavares, André Ramos – *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, 2007, 5ª edição.

Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti - *Comentários à Constituição de 1946*. 3ª ed., Rio de Janeiro: BORSOI, 1960, Tomo IV.

Hassemer, Winfred e Conde, Francisco Muñoz – *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Ed. Valencia, 1989.

Da Silva, José Afonso – *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros Editores Ltda, 2008, 31ª edição.

Greco, Rogério – *Curso de Direito Penal Parte Especial*, Vol. 2, Niterói/RJ: Editora Impetus, 5ª edição, 2008.

Batista, Nilo – *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, Rio de Janeiro: Revan, 2005.

Muñoz Conde, *Introducción*, cit., p. 59; apud Batista, Nilo – *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, Rio de Janeiro: Revan, 2005, 10ª edição.

Magnitude do aborto no Brasil Aspectos Epidemiológicos e Sócio Culturais, [http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/magnitude\\_aborto\\_brasil.pdf](http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/magnitude_aborto_brasil.pdf), p. 23, em consulta realizada em 23/10/2008.

Aborto e Saúde Pública - 20 Anos de Pesquisas no Brasil, p. 15-17, retirado do site [http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/aborto\\_e\\_saude\\_publica\\_vs\\_preliminar.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/aborto_e_saude_publica_vs_preliminar.pdf), em consulta realizada em 08/10/2008.

Mello, Celso de Albuquerque *et al*, *Teoria dos direitos fundamentais*, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

